Das Problem der

# Culpa in contrahendo:

ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung gesetzlicher Verhandlungspflichten.

## Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Philipps-Universität zu Marburg (Lahn)

vorgelegt im Jahre 1928 von

GERTRUDE KRUSE

Referendarin

aus

Schlagsdorf (Insel Fehmarn)

Marburg (Lahn) 1936.

Als Dissertation

von der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

angenommen am 24. Mai 1928.

Referent:

Professor Dr. Erich Jung, Marburg

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern.

# Inhaltsverzeichnis.


Seite

Einleitung: Begrenzung der Arbeit . . . . . 1

Abschnitt I: Das zwischen Verhandelnden bestehende Rechtsverhältnis . . . . . 2

A. Vertrag? . . . . . 2

1. Nicht der zukünftige. . . . . 2
2. Auch kein gegenwärtiger. . . . . 2

B. Gesetz? . . . . . 2

1. Kein Delikt. . . . . 3
2. Anerkennung des Verhandlungsverhältnisses durch Einzelvorschriften des BGB. . . . . 3

a) Im Schuldrecht des BGB. . . . . 3
α) Nichtige Vereinbarung §§ 443, 476, 540, 637. . . . . 3
β) Verwahrung § 694. . . . . 4
γ) Schenkung, Leihe, §§ 523 I, 524 I, 600. . . . . 5
δ) Kaufvertrag, § 463. . . . . 5
ε) Mietvertrag, § 538 in Verbindung mit § 537 II S. 1. . . . . 7

b) Im Allgemeinen Teil des BGB. . . . . 8
α) § 122 in Verbindung mit §§ 118 und 119. . . . . 8
β) §§ 307, 309. . . . . 9

c) Schlußfolgerung in Verbindung mit Betrachtung der drei Rechtssphären, . . . . . 10
α) der Deliktssphäre, . . . . . 10
β) der Vertragssphäre, . . . . . 10
γ) der Verhandlungssphäre. . . . . 10

Abschnitt II: Die Pflichten der Verhandlungssphäre. . . . 11

A. Arten und Wesen. . . . . 11

1. Die Hauptpflichten. . . . . 11
a) Ableitung aus den unter I B 2 besprochenen Einzelparagraphen. 11
b) Wesen: dem Zukünftigen als Grundlage dienend. . . . . 13

2. Die Nebenpflichten. . . . . 13
a) Ableitung aus § 242. . . . . 13
b) Wesen: im Gegenwärtigen wurzelnd und endend. . . . . 14

B. Zeitliche Begrenzung aller Pflichten durch die Verhandlung. . . . . 14
1. Anfang der Verhandlung. . . . . 14
2. Ende der Verhandlung. . . . . 15

C. Zeitpunkt der Erfüllung der Hauptpflichten. . . 15
1. Fälligkeit: von Anfang an und während der ganzen Verhandlung. 15
2. Erfüllung der Pflichten endgültig erst im letzten Augenblick vor Verhandlungsende. . . . . 16

Seite

Abschnitt III: Die Verletzung der Verhandlungspflichten. 16
A. Haftungsmaßstab: § 276 direkt anwendbar. . . . . 16
B. Haftungsgrund. . . . . 17
1. §§ 280 ff. generell anwendbar. . . . . 17
2. Zeitpunkt der Verletzung der Hauptpflichten. . . . . 17
3. Welcher der §§ 280 ff. im einzelnen anwendbar? . . . . . 19
a) für Hauptpflichten? . . . . . 19
α) bei Verschweigen? . . . . . 19
aa) Verletzung während der Verhandlung? Keine Unmöglichkeit, § 280; Verzug, § 284, evtl. mit nachfolgender Unmöglichkeit, § 287 S. 2. . . . . 19
bb) Verletzung vor Verhandlungsende? Keine Unmöglichkeit, § 280; Verzug mit nachfolgender Unmöglichkeit, § 287, S. 2. . . . . 20
β) bei Zusicherung? . . . . . 21
aa) Verletzung während der Verhandlung? Keine Unmöglichkeit, § 280. Kein Verzug, § 284, aber positive Forderungsverletzung, § 280 analog. . . . . 21
bb) Verletzung vor Verhandlungsende? Keine Unmöglichkeit, § 280. Kein Verzug, § 284, aber positive Forderungsverletzung, § 280 analog. . . . . 21
b) für Nebenpflichten? Beschränkung auf allgemeine Anwendbarkeit von §§ 280 ff. . . . . 21
C. Verschulden Dritter. § 278 direkt anwendbar. . . . . 21
D. Mitverschulden. § 254 ebenso direkt anwendbar. . . . . 22

Abschnitt IV: Haftungsumfang. . . . . 23
A. Bei Verletzung der Hauptpflichten. . . . . 23
1. Allgemeine Regelung. . . . . 23
a) Schadensersatz nach § 280: negatives Interesse. . . . . 23
b) Verzugsschaden nach § 286 I: dasselbe. . . . . 24
2. Spezielle Regelung. . . . . 25
a) bei gültigen Verträgen. . . . . 25
α) Verwahrung: Normalfall, negatives Interesse. . . . . 25
β) Schenkung, Leihe: bei Arglist negatives Interesse. . . . . 25
γ) Kauf, Miete: bei Arglist positives Interesse. [Privatstrafe, Doppelerscheinung im § 463: c. i. c. und Gewährleistungspflicht]. . . . . 26
b) bei ungültigen Verträgen: §§ 122, 307, 309 negatives Interesse. 31
B. Bei Verletzung von Nebenpflichten. Bemessung schlechthin nach §§ 280 ff. in Verbindung mit § 249. . . . . 31

# Schrifttum.


Adler: Die Culpa in contrahendo, 1923.
Beer: Deutsche Juristen-Zeitung 9, 87 f.
v. Blume: Iherings Jahrbuch 55, 209, 220, 240 f.
Brandt: Die Haftung des Bankiers für Ratserteilung, Deutsche Juristen-Zeitung 1912, 724.
Brecht: System der Vertragshaftung, Iherings Jahrbuch 53, 246.
Cohen: Zur culpa in contrahendo, Juristische Wochenschrift 1916, S. 373.
Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. 1904.
Crome: System des Bürgerlichen Rechts, Bd. II 1902.
Dankwardt: Iherings Jahrbuch 13, 33.
Dernburg: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1906.
Düringer-Hachenburg: Kommentar des HGB, 1913.
Eckstein: Archiv für Bürgerliches Recht 43/194.
Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I/II, 18./21. Aufl. 1923.
Fischbach: Vorbereitende Rechtsverhältnisse, Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 41, S. 160.
Fürst: Schuldverhältnisse aus einseitigen Verträgen, Leipziger Zeitschrift 1910, S. 177.
Geppert: Das Recht, Bd. 19, S. 268.
— Iherings Jahrbuch 64, 435.
Hachenburg: Juristische Wochenschrift 1916, 373.
Hedemann: Schuldrecht des Bürgerlichen Rechts, 1921.
Grünhuts Ztschr., Bd. 40, 1913.
Heinsheimer: Die Haftung des Schuldners für seinen Erfüllungsgehilfen, Grünhuts Ztschr. Bd. 40, 1913.
v. Ihering: Verschulden beim Vertragsschluß, Jahrbuch für die Dogmen des Bürgerlichen Rechts, Bd. 4, S. 1 f., 1861.
Kiehl: Zu einigen Streitfragen beim Kauf und über die Haftung des Verkäufers für die Arglist seines Vertreters, JW, 43. Jahrg., S. 497 f., 1914.
— Ansprüche des Käufers bei Arglist des Bevollmächtigten des Verkäufers bei Vertragsschluß, JW, 63. Jahrg., 1919.
Kipp: DJZ 1903, 257.
Kisch: Unmöglichkeit der Leistung, Fischers Abhandlung 7, S. 1 f., 1900.
Klein: DJZ 1906, 56.
— Anzeigepflicht im Schuldrecht, 1908.
Kloß: Sächsisches Archiv 9, 306.
Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, I. Teil 1906.
Krückmann: Archiv ziv. Praxis 101, 294.
Kuhlenbeck: DJZ 1905, 1142 f.
Laband: DJZ 1903, 242 f.
Lehmann: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1914.
Lenel: DJZ 1907, 455.
Leonhard, Frz.: Verschulden beim Vertragsschluß, 1910.
Liebmann: DJZ 1903, 25 f.
Loewenwarter: Kommentar zum BGB, 1925.
— Wegweiser durchs BGB, 1925.
— JW 1921, 1307.

Mellinger: Culpa in contrahendo nach gemeinem und Schweizer Obligationenrecht, 1898.
Matthiessen: Recht 1908, 670 und Recht 1914, 227.
Müller: Recht 1902, 541.
— Gruchots Beiträge 50, 531.
Oertmann: Ein Beitrag zur Frage der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß, Leipziger Zeitschrift 8, S. 513, 1914.
— Besprechung von Riehl „Die Arglist beim Vertragsschluß", JW 1917, 25.
— Kommentar zum BGB, Bd. I/II, 3./4. Aufl. 1908, 1910.
— JW 1919, 35, Anm. zu 2.
(Planck)-Flad: Kommentar zum BGB, I. Bd., 4. Aufl. 1913.
(Planck)-Siber: Kommentar zum BGB, II. Bd., 4. Aufl. 1914.
Regelsberger: Grünhuts Zeitschrift 11, 437.
— Iherings Jahrbuch 40, 264, 274.
— Dogmen-Jahrbuch 58, 172.
Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB, I. Bd., 3. Aufl. 1922.
Remele: Das Recht 1912, 569.
Richter: Schadensersatz bei Verschulden gelegentlich der Vertragsverhandlungen, JW 1921, S. 604/05.
Riehl: Die Arglist beim Vertrag unter besonderer Berücksichtigung des Vertreters, Gruchots Beiträge 60, S. 790 f., 897 f., 1916.
Schneider: Recht 1903, S. 522.
— Gruchots Beiträge 52, 298.
— Iherings Jahrbuch 61, 179.
Schöller: Gruchots Beiträge 46, 20.
Schollmeyer: Iherings Jahrbuch 49, 93.
Schröder: Gewährleistung für Sachmängel, S. 1 f.
Schultze: Archiv Bürgerliches Recht, 30, 143 f., 147 f.
Siber: Besprechung von Riehl, ZHR 81, 256.
— Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, Iherings Jahrbuch 70, 223; 50, 206.
Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, 1897.
Staub: Kommentar zum HGB, 10. Aufl. 1920.
— Positive Vertragsverletzung (ergänzt von Müller), 2. Aufl. 1913.
v. Staudinger: Kommentar zum BGB, II. Bd., 7./8. Aufl.
Stoll: Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, Leipziger Zeitschrift, Bd. 17, S. 532, 1923.
Stölzle: JW 1908, 636 f.
Strucksberg: Arglist des Vertreters beim Vertragsschluß, Leipz. Zeitschr. 1914.
Titze: Unmöglichkeit der Leistung, 1910.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des BGB, I./II. Bd. 1914, 1918.
— DJZ 1901, 472.
Werner: Das Recht, 1902, 476; 1903, 308; 1905, 303.
Westrum: JW 1907, 39.
Wolff: Iherings Jahrbuch 56, 1-85.
Wüstendörfer: Tatsachen und Normen des Seeschiffbaues, 1920, S. 11-24.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554421_0101

# Einleitung.

Um das Wesen der culpa in contrahendo — des Verschuldens beim Vertragsschluß oder weiter, aber juristisch genauer der schuldhaften Pflichtverletzung beim Abschluß eines Rechtsgeschäfts — richtig erfassen zu können, muß zunächst die Frage beantwortet werden: Bestehen überhaupt Pflichten in contrahendo und welcher Art sind diese Pflichten?

Der Rechtspflicht einer Person entspricht stets der Anspruch einer anderen. Die Frage nach dem Vorhandensein von Pflichten in contrahendo kann man deshalb auch so fassen: Gibt es Ansprüche und zwar obligatorische Ansprüche — nur solche kommen in Betracht, da sie sich naturgemäß nur gegen eine Person richten — in contrahendo? Diese Frage verlangt eine Erörterung darüber, ob zwischen zwei Personen Rechtsverhältnisse, denen obligatorische Ansprüche in contrahendo entspringen können, überhaupt denkbar sind, oder mit anderen Worten, ob es ein Rechtsverhältnis gibt, kraft dessen es einem Teil zusteht, von einem anderen schon vor und bei Vertragsschluß ein Tun oder Unterlassen (§ 194 BGB) zu verlangen. Erst wenn wir solch eine Rechtsbeziehung gefunden und ihr Wesen erkannt haben, entsteht die weitere Frage: Welche Pflichten entspringen diesem Rechtsverhältnis? Und erst dann kann bei Verletzung dieser Pflichten die Rede von einem Verschulden und einer sich daraus vielleicht ergebenden Schadensersatzpflicht sein.

Hieraus folgt für den Aufbau der Arbeit eine Gliederung in vier Abschnitte, die sich mit den Fragen nach

1. dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis,
2. den daraus entspringenden Pflichten,
3. der schuldhaften Verletzung dieser Pflichten und
4. dem Schadensersatzanspruch beschäftigen.

Bei meinen Ausführungen beschränke ich mich mit Rücksicht auf den Ausdruck culpa in contrahendo auf das Verschulden beim Abschluß von Verträgen und lasse Pflichtverletzungen beim Abschluß anderer Rechtsgeschäfte unerörtert. Bei der Begründung meiner im folgenden dargelegten Auffassung gehe ich lediglich von dem Gesetz aus. Läßt sich aus ihm kein Schuldverhältnis zur Begründung der Haftung für culpa in contrahendo entnehmen, so mag man vielleicht wünschen und wollen, daß die Anerkennung dieser Haftung sich gewohnheitsrechtlich oder durch Ergänzung der geltenden Normen durchsetzen möge, — aus dem Gesetz als bestehend ableiten könnte man sie dann jedoch nicht.

Bei meinen Ausführungen ziehe ich nur die beiden ersten Bücher des Bürgerlichen Gesetzbuches heran, da ihre Bestimmungen m. E. bereits eine gesetzliche Grundlage für die Haftung für culpa in contrahendo geben.

# Abschnitt I.

## Das zwischen Verhandelnden bestehende Rechtsverhältnis.

Die in diesem Abschnitt zu behandelnde Frage sei vorangestellt: Gibt es überhaupt ein gesetzlich normiertes Rechtsverhältnis für Ansprüche in contrahendo, und falls dies zu bejahen ist, worin besteht sein Wesen? Bei der Beantwortung dieser Frage kann nur wie bei der Lösung praktischer bürgerlich-rechtlicher Fälle vorgegangen werden: es ist zu prüfen, ob sich ein Anspruch in contrahendo aus Vertrag oder aus Gesetz herleiten läßt, wobei unter Gesetz die Vorschriften des speziellen Teils der Schuldverhältnisse verstanden werden, in denen eine nicht auf Vertragsverletzung beruhende Haftung normiert ist.

A. Wer die Ansprüche in contrahendo aus Vertrag begründen will, kann sie nur entweder aus dem Vertrag herleiten, der auf die Verhandlung folgt, oder er muß das Verhandlungsstadium selbst schon als ein Vertragsverhältnis ansehen und sie aus ihm ableiten.

1. Die Ansicht[1]), daß Pflichten, die zum Inhalt des auf die Verhandlung folgenden Vertrages gehören, bereits vor oder wenigstens in dem Zeitpunkt des Abschlusses verletzt werden können, erscheint nicht haltbar. Die Uebernahme von Pflichten im Vertragswege kann logischerweise nur dazu führen, daß man verpflichtet wird, in der Zukunft etwas zu tun oder zu unterlassen. (§ 194 BGB.) Eine Verletzung dieser Pflichten kann daher auch nur zukünftig eintreten, nicht aber schon in einem Augenblick, in dem die Verpflichtung erst entsteht oder gar schon vorher. Der Anspruch, dem in diesem Augenblick entgegen gehandelt wird, muß notwendigerweise vorher begründet worden sein. Es ist nicht angängig, Sorgfaltspflichten, die erst durch den Vertragsschluß begründet werden, aus Zweckmäßigkeitsgründen als bereits beim Abschluß bestehende Vertragsansprüche zu behandeln. Vielmehr kann das derartige Ansprüche hervorbringende Rechtsverhältnis nur ein dem Vertrag zeitlich vorangehendes sein.

2. Dieses zeitliche Moment wird bei der zweiten Vertragstheorie beachtet, denn sie sieht — in verschiedenen Abwandlungen[2]) — die vor dem Vertragsschluß liegende Sphäre, nämlich die Verhandlung selbst, bereits als einen Vertrag an und leitet die Pflichten in contrahendo aus ihm als einem gegenwärtigen Vertag — im Gegensatz zu dem unter 1) genannten zukünftigen — ab. Doch auch dieser Weg ist nicht gangbar; die Vertreter dieser Ansicht übersehen, daß ein übereinstimmender Wille der Parteien auf Haftung für culpa in contrahendo kaum je bestehen dürfte und daß ihren Willenserklärungen jedenfalls ein entsprechender Verpflichtungsinhalt fehlen würde.

B. Lassen sich hiernach Ansprüche in contrahendo nicht aus Vertrag herleiten, so bleibt nur noch die Möglichkeit, sie aus einem gesetzlichen pflichtenbegründenden Tatbestand zu entnehmen.

---

[1]) Leonhard aaO. S. 58; Oertmann in Leipziger Zeitschrift 1914 S. 513 f.; RG. Bd. 103 S. 47; Bd. 95 S. 58; Bd. 97 S. 325.

[2]) Fischbach aaO. S. 160; Stoll aaO. S 532; Fürst aaO. S. 177; Wüstendörfer aaO. S. 11—24; RG. Bd. 114 S. 155; Bd. 65 S. 17; Bd. 66 S. 405; Bd. 78 S. 239; Bd. 107 S. 240.

1. Von den im Schuldrecht des BGB ausdrücklich aufgeführten gesetzlichen Tatbeständen käme als Grundlage einer Haftung für culpa in contrahendo nur der der unerlaubten Handlung in Betracht. Wenn sich häufig Verletzungen der Pflichten bei Vertragsschluß zugleich als unerlaubte Handlungen darstellen, so beruht dies auf der Art der Pflichtverletzung im einzelnen Falle. Es ist jedoch nicht angängig, jede Pflichtverletzung in contrahendo, falls es solche gibt, als deliktisch anzusehen. Bei dem Problem der culpa in contrahendo handelt es sich um etwas anderes als bei einem Deliktstatbestand[3]). Jenes umfaßt auch die fahrlässige Vermögensbeschädigung, während das Deliktsrecht in seiner Ausgestaltung in engen, diese allgemeinere Art der Beschädigung nicht umfassenden Grenzen gehalten wird. § 823 Abs. I BGB verlangt neben Widerrechtlichkeit des Eingriffs und neben Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) Beschädigung eines absoluten Rechts. Wird dagegen das Vermögen als solches beschädigt, so ist es zwar durch die Vorschrift des § 823 Abs. II BGB in Verbindung mit Vorschriften des Strafgesetzbuches, insbesondere mit § 263 StGB, und durch § 826 BGB geschützt, jedoch stets nur im Falle vorsätzlicher Schädigung[4]). Ferner gewährt der § 831 BGB bei Deliktstatbeständen die Exkulpationsmöglichkeit für Handlungen von Gehilfen, ein für Pflichtverletzungen im Verhandlungsstadium nicht befriedigendes Ergebnis.

Der eigentlich problematische Teil der culpa in contrahendo, die Vermögensbeschädigung infolge fahrlässigen Handelns und die unbeschränkte Haftung der Parteien für Erfüllungsgehilfen, findet im Deliktsrecht keinen Niederschlag. Gerade insoweit besteht aber ein Bedürfnis auch schon im Stadium der Vorverhandlung, eine weitere Haftung als beim Delikt, die sich der Haftung bei Verletzungen eines fest abgeschlossenen Vertrages nähert, eintreten zu lassen, der eigentliche Grund für das Auftauchen des Problems der culpa in contrahendo.

2. Hiernach ist festzustellen, daß zwar einzelne Pflichtverletzungen in contrahendo zugleich unerlaubte Handlungen sein können, daß aber kein gesetzlicher Tatbestand des Schuldrechts — denn neben dem des Delikts kommt kein anderer in Betracht — eine Haftung für culpa in contrahendo direkt und ausdrücklich regelt. Da sich aber auch an keiner anderen Stelle des Gesetzes die klare Anerkennung einer allgemeinen Haftung dieser Art findet, bleibt nur noch die Möglichkeit, daß die Frage in einer Reihe von Einzelvorschriften behandelt ist und daß sich zutreffendenfalls aus der Summe solcher Einzelbestimmungen ein allgemeines Prinzip herleiten läßt, das mittelbar zur Anerkennung eines gesetzlichen Tatbestandes der Haftung für culpa in contrahendo führen würde.

a) Verschiedene Bestimmungen des zweiten Buches des Bürgerlichen Gesetzbuches scheinen Anhaltspunkte hierfür zu geben.

*α*) So sagt § 443 BGB:

„Eine Vereinbarung, durch welche die nach den §§ 433 bis 437, 439 bis 442 wegen eines Mangels im Rechte dem Verkäufer ob-

---

[3]) Besteht zugleich neben dem Tatbestand der c. i. c. der des Delikts, so ist selbstverständlich gegen die besondere Anwendung auch des Deliktsrechts nichts einzuwenden.

[4]) Die unter § 823 Abs. II BGB fallenden Fahrlässigkeitsdelikte wie Falscheid, fahrlässige Tötung und Gefährdungsdelikte (Uebertretungen und Polizeidelikte) kommen hier nicht in Betracht.

liegende Verpflichtung zur Gewährleistung erlassen oder beschränkt wird, ist nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt."

Positiv ausgedrückt bedeutet diese Bestimmung: der Käufer soll die Gewährleistungsansprüche, die sonst als ius dispositivum von den Parteien ausgeschlossen werden können, kraft zwingenden Rechts stets dann haben, wenn ihm ein Mangel im Rechte arglistig verschwiegen wird. Der Grund dafür, daß in diesem und nur in diesem Falle ius cogens gelten soll, ist m. E. in folgendem Gedanken zu suchen: Jeder schuldrechtliche Vertrag beruht auf dem Prinzip der Vertragsfreiheit. Dieses Prinzip verlangt nicht nur, daß den Parteien die Wahl der Vertragsart offen steht, sondern darüber hinaus, daß ihnen auch bei der Einzelformulierung ihrer Vereinbarungen weitestgehend freie Hand gelassen wird. Dies gilt auch für den Fall, daß das Gesetz von sich aus im Rahmen generell sich wiederholender Vertragsarten besondere Pflichten formuliert hat. Sie sollen nur beim Fehlen abweichender Vereinbarungen gelten. Zu dieser Art Pflichten gehören vor allem die Gewährleistungspflichten des Verkäufers, die zwar vom Gesetzgeber grundsätzlich als Vertragsinhalt gewollt sind, die jedoch erst durch den einzelnen Vertrag, auf dessen Erfüllung sie sich beziehen, Leben gewinnen und daher abdingbare Rechtsnormen sein müssen und dementsprechend auch als solche im Gesetz gestaltet sind.

Wenn demgegenüber das arglistige Verschweigen eines Mangels eine Verschärfung der Haftung nach sich zieht, insofern als die Gewährleistungspflicht des Verkäufers nunmehr als ius cogens den Parteivereinbarungen entzogen wird, so wird damit die Arglist als ein spezieller Haftungsgrund anerkannt, als ein Haftungsgrund, der außerhalb des Vertrages und damit der Parteivereinbarung liegt. Bereits bei Vertragsschluß muß eine Rechtspflicht des Verkäufers bestanden haben, seinen Gegner über den Mangel im Recht aufzuklären; denn wenn der Gesetzgeber das arglistige Schweigen ahndet, so kann das nur dem Gedanken entspringen, daß der Käufer bei rechtzeitiger Kenntnis des Mangels im Rechte vom Vertragsschluß Abstand genommen hätte, daß er somit also schon bei Vertragsschluß des Schutzes gegen den arglistig handelnden Verkäufer bedarf. Dieser Schutz käme nicht zur Auswirkung, wenn ein Verzicht des die Sachlage nicht kennenden Käufers auf die Gewährleistungsansprüche auch bei arglistigem Vorgehen des Verkäufers gelten sollte. Die Aufklärungspflicht ist also nicht Vertragsinhalt, sondern besteht schon während der Verhandlungen vor Inkrafttreten der Parteivereinbarung und kann daher nur gesetzlichen, außerhalb des Parteiwillens stehenden, d. h. zwingenden Charakter haben.

Was § 443 BGB über das arglistige Verschweigen von Rechtsmängeln sagt, wiederholt § 476 BGB für Sachmängel des Kaufobjekts; derselbe Gedanke findet sich weiter für das Mietrecht im § 540 BGB und für den Werkvertrag im § 637 BGB.

*β*) Unter den Vorschriften über den Verwahrungsvertrag interessiert in Verbindung hiermit die Bestimmung des § 694 BGB.

Die Worte:

„Der Hinterleger hat den durch die Beschaffenheit der hinterlegten Sache dem Verwahrer entstehenden Schaden zu ersetzen"

könnten darauf schließen lassen, daß es sich nur um eine Gewährleistungspflicht, d. h. um ein Einstehensollen für die gefahrdrohende Beschaffenheit

der hinterlegten Sache bei der Hinterlegung, somit um eine vertragliche Verpflichtung handelt. Der Nachsatz jedoch

> „es sei denn, daß er (der Hinterleger) die gefahrdrohende Beschaffenheit der Sache bei der Hinterlegung weder kennt noch kennen muß oder daß er sie dem Verwahrer angezeigt oder dieser sie ohne Anzeige gekannt hat"

weist darauf hin, daß ein bloßes Einstehen für die Erfüllung des Vertrages nicht gemeint sein kann, sondern daß auch in diesem Falle eine Haftung für die Erfüllung einer außerhalb des Vertrages stehenden Verpflichtung eintreten soll. Maßgebend ist der Gedanke daß derjenige der die schädigende Beschaffenheit des Vertragsobjekts kennt oder kennen mußte seinen Gegner vor Eingehung irgendwelcher Bindungen aufklären soll, damit dieser in die Lage gesetzt wird sich unter Berücksichtigung des Zustandes der Sache frei zu entscheiden. Kennt der Hinterleger die Beschaffenheit der Sache nicht, sodaß er zu einer Aufklärung nicht in der Lage ist, und beruht seine Unkenntnis auch nicht auf grober Fahrlässigkeit, so soll er nicht haften. Hiernach wird lediglich sein Verhalten bei der Hinterlegung und nicht die Sacheigenschaft als solche als unmittelbare Ursache der Schadensentstehung und somit der Haftung angesehen, das bedeutet also, daß auch in diesem Falle bereits während der Verhandlung eine gesetzliche primäre Pflicht zur Aufklärung bestand, deren Verletzung durch Unterlassen sekundär zum Schadensersatz verpflichtet.

γ) Entsprechendes regeln — und zwar ausdrücklicher als § 694 BGB — die §§ 523 Abs. I, 524 Abs. I und 600 BGB, welche bestimmen, daß der Schenker und der Verleiher verpflichtet sind dem Beschenkten bezw. dem Entleiher den Schaden zu ersetzen, der diesen durch das arglistige Verschweigen eines Mangels im Rechte oder eines Fehlers der Sache entstanden ist. Auch hier handelt es sich um eine sekundäre Schadensersatzpflicht des Schenkers und Verleihers wegen arglistiger Verletzung einer schon vor dem Vertrage bestehenden Aufklärungspflicht.

δ) In diesen Zusammenhang gehören vor allem die §§ 463 und 538 in Verbindung mit § 537 Abs. II BGB. Allerdings ist es hier etwas schwieriger als in den bisherigen Fällen den Haftungsgrund herauszufinden. § 463 Satz 1 BGB lautet:

> „Fehlt der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft, so kann der Käufer statt der Wandelung oder der Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen."

Nach dem Wortlaut dieses Satzes scheint der Eintritt des Schadensersatzes nur an zwei Voraussetzungen geknüpft zu sein, nämlich an die Zusicherung einer Eigenschaft des Kaufobjekts und an deren Nichtvorhandensein beim Kaufabschluß. Tatsächlich genügt das Vorliegen dieser beiden Voraussetzungen nicht, vielmehr muß noch als dritte Voraussetzung das Nichtvorhandensein der zugesicherten Eigenschaft bei Gefahrübergang hinzukommen. Wenn es im § 463 BGB heißt daß statt Wandelung und Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden kann, also dem Käufer wahlweise auch Wandelung und Minderung zu Gebote stehen, so muß dem gemäß § 462 in Verbindung mit § 459 BGB für Wandelung und Minderung erforderliche Voraussetzung, daß die Sache bei Gefahrübergang mangelhaft ist, d. h. entweder mit einem Fehler behaftet ist oder eine zugesicherte Eigenschaft nicht aufweist, logischerweise auch Voraussetzung für den

Schadensersatzanspruch aus § 463 BGB sein; denn ist das Kaufobjekt in diesem Augenblick tatsächlich nicht mangelhaft, so würde der Wandelungs- und Minderungsanspruch des Käufers aus § 462 BGB hinfällig werden; mit dem Ausfall dieser Grundansprüche aber würde auch die Erhebung des Schadensersatzanspruches aus § 463 BGB undenkbar, da es sinnwidrig wäre, den weitergehenden Schadensersatzanspruch zu gewähren, wenn ein Käufer schon den engeren Anspruch aus Wandelung und Minderung nicht hat.

Kann es hiernach nicht zweifelhaft sein, daß tatsächlich das Nichtvorhandensein der zugesicherten Eigenschaft bei Gefahrübergang die dritte Voraussetzung des Schadensersatzanspruches im § 463 Satz 1 BGB bildet, so gibt doch die Notwendigkeit des Vorliegens dieses dritten Tatbestandsmerkmals nicht den Haftungsgrund ab; denn wenn das Nichtvorhandensein einer zugesicherten Eigenschaft bei Gefahrübergang bereits, wie soeben dargelegt wurde (§ 463 in Verbindung mit § 459 BGB), Wandelungs- oder Minderungsansprüche zur Folge hat, so muß die eigentliche Ursache des im § 463 neu hinzutretenden, nicht stets gegebenen Schadensersatzanspruches eine andere sein.

Aber auch das zweite Tatbestandsmerkmal des § 463 a. a. O., das Nichtvorhandensein der Eigenschaft beim Kaufabschluß, gibt nicht den eigentlichen Haftungsgrund; denn der Gesetzgeber kann und will niemand allein dafür verantwortlich machen, daß dem Kaufgegenstand ohne sein Dazutun irgendeine beliebige Eigenschaft fehlt, da der Käufer sich hier grundsätzlich selbst durch Besichtigung und Untersuchung der Sache schützen kann, soweit Mängel überhaupt erkennbar sind, und daher besonderen Schutzes durch das Gesetz nicht bedarf.

Der eigentliche Haftungsgrund ist vielmehr die Zusicherung der Eigenschaft selbst, wobei notwendigerweise auf den Zustand der Sache im Augenblick der Zusicherung, also des Kaufabschlusses, abgestellt werden muß. Dieses Ergebnis zeigt, daß bereits vor der Abgabe der Zusicherung eine Rechtspflicht bestanden haben muß, nicht etwas Fehlendes als vorhanden zuzusichern, eine Pflicht also zum Unterlassen, die durch das Tun verletzt wird. Zu bemerken ist jedoch, daß nicht die bloße Zusicherung einer Eigenschaft verboten ist, sondern daß als objektive Voraussetzung der Haftung das Nichtvorhandensein dieser Eigenschaft im Augenblick der Zusicherung hinzukommen muß.

Diese offensichtlich zugunsten des Käufers normierte Unterlassungspflicht kann, da sie zu seinem Schutze bereits bei Vertragsschluß dient, wiederum wie in den bisher erörterten Fällen nicht vertraglicher Art sein, muß vielmehr zeitlich schon vorher bestehen und somit gesetzlichen Ursprungs sein.

Hier kann mit Erfolg auch nicht der Einwand erhoben werden, daß es sich trotz dieser zeitlichen Einreihung um eine vertragliche, nicht dagegen um eine gesetzliche Pflicht handele, weil die Haftung des eine nicht vorhandene Eigenschaft zusichernden Verkäufers entfällt, wenn diese Eigenschaft zur Zeit des Gefahrüberganges schließlich doch vorhanden ist. Diese Folgerung ist nicht schlüssig. Vielmehr gilt es zu unterscheiden: Vor und bis zu dem Vertragsschluß bestand eine Unterlassungspflicht, aber erst die Verletzung dieser primären Pflicht in Verbindung mit dem Fehlen der zugesicherten Eigenschaft sowohl beim Vertragsschluß als auch im Augenblick des Gefahrüberganges löst eine sekundäre Schadensersatzpflicht aus, und

nur für deren Bestehen oder Nichtbestehen allein ist es von Bedeutung, ob bei Gefahrübergang die Eigenschaft fehlt oder nicht, während die primäre Haftung aus der falschen Zusicherung unabhängig davon besteht. Diese Haftung führt, wenn die bei Vertragsschluß fehlende zugesicherte Eigenschaft im Augenblick des Gefahrüberganges vorhanden ist, nur deshalb nicht zu einer Schadensersatzpflicht, weil durch die inzwischen erfolgte Beseitigung des Mangels ein Schaden nicht eintreten kann.

Die soeben angestellten Erwägungen müssen auch für den Fall des § 463 Satz 2 gelten, wo es sich nicht um die Zusicherung einer Eigenschaft, sondern um arglistiges Verschweigen eines Fehlers handelt. Auch in diesem Falle kann, und zwar aus obigen Gründen, nur das arglistige Schweigen, nicht dagegen die Fehlerhaftigkeit der Sache bei Gefahrübergang oder schon bei Kaufabschluß der Haftungsgrund sein. Dabei ist zu letzterem Punkt noch besonders zu bemerken, daß der Verkäufer schon deshalb unmöglich bereits für einen bei Vertragsschluß vorhandenen Fehler einstehen kann, weil dieser erst bei Gefahrübergang, d. h. in einem Augenblick, in dem er längst beseitigt sein kann, Bedeutung erlangt. Praktisch würde sich eine derartige Haftung dahin auswirken, daß fehlerhafte Sachen überhaupt nicht mehr verkauft werden könnten, ein Ergebnis, das ebenso unhaltbar wie auch nicht mit der Vorschrift des § 463 Satz 2 BGB bezweckt ist. Auch diese Bestimmung dient ausschließlich dem Schutz des Käufers gegen unreelles Vorgehen des Verkäufers, der unter bestimmten Voraussetzungen nicht zum Schweigen berechtigt, sondern zur Aufklärung über das Vorhandensein des Fehlers verpflichtet ist, damit sein Gegner nicht unter falschen Voraussetzungen den Vertrag abschließt. Auch hier handelt es sich somit um eine gesetzliche, vorvertragliche Verpflichtung.

ε) Entsprechendes sagen die §§ 537 Abs. 2 Satz 1, 538 BGB für das Mietrecht. Der Wortlaut des § 537 Abs. 2 Satz 1:

> „Das Gleiche (Befreiung des Mieters vom Mietzins, bezw. dessen Herabsetzung) gilt, wenn eine zugesicherte Eigenschaft (zur Zeit der Ueberlassung der vermieteten Sache an den Mieter) fehlt oder später wegfällt",

läßt die Gleichstellung der Gewährleistungspflichten des Vermieters mit den in den §§ 462, 459 BGB dem Verkäufer auferlegten erkennen. Sichert der Vermieter eine Eigenschaft der Kaufsache zu, so soll er auch für deren Vorhandensein bei der Ueberlassung eintreten und muß sich daher beim Fehlen der Eigenschaft in diesem Zeitpunkt eine Kürzung, eventuell sogar die gänzliche Beseitigung seines Anspruchs auf Mietzins (kraft einer Art gesetzlicher Aufrechnung) gefallen lassen.

Fährt nun der § 538 BGB fort:

> „Ist ein Mangel der im § 537 (also auch im § 537 Abs. II, Satz 1) bezeichneten Art bei dem Abschluß des Vertrages vorhanden . . . ., so kann der Mieter, statt die im § 537 bestimmten Rechte geltend zu machen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.",

so entspricht diese Bestimmung absolut der im § 463 Satz 1 für das Kaufrecht gegebenen, sodaß alle dort zur Herausschälung des Haftungsgrundes angestellten Erwägungen auch hier im Mietrecht zutreffen. Also auch hier besteht somit der Haftungsgrund nicht in dem Fehlen der zugesicherten Eigenschaft zur Zeit des Vertragsschlusses oder bei der Ueberlassung der Sache, sondern in der Zusicherung selbst.

b) Die Reihe der im einzelnen interessierenden Vorschriften des zweiten Buches des BGB ist hiermit geschlossen; es finden sich in seinem allgemeinen Teil aber auch noch einige beachtenswerte Bestimmungen.

α) Nach § 118 a. a. O. ist eine zum Scherz abgegebene Willenserklärung nichtig und nach den §§ 119, 142 a. a. O. kann man irrtümlich abgegebene Willenserklärungen mit der Folge rückwirkender Nichtigkeit anfechten. Das Gesetz gewährt also dem Erklärenden den Vorteil, daß er nicht an Erklärungen gebunden sein soll, die er nicht oder nicht ernstlich oder in anderem Sinn abgeben wollte; denn es sollen entsprechend dem Gedanken der Vertragsfreiheit nur Rechtsgeschäfte zustandekommen, die den wahren Willen der Parteien enthalten. Diesem Gedankengang gegenüber setzt es zunächst in Erstaunen, wenn man im § 122 BGB liest:

> „Ist eine Willenserklärung nach § 118 nichtig oder auf Grund der §§ 119, 120 angefochten, so hat der Erklärende, wenn die Erklärung einem anderen gegenüber abzugeben war, diesem ..... den Schaden zu ersetzen ...."

Hier wird entgegen dem Prinzip der Vertragsfreiheit auch der Empfänger der Willenserklärung geschützt, obwohl das Gesetz selbst die Nichtigkeit im § 118 vorschreibt und im § 119 die Anfechtung zuläßt. Der Grund der im § 122 BGB vorgesehenen Haftung beruht jedoch nicht auf der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit, sondern auf dem Verhalten des Haftenden bei Abgabe seiner Erklärung.

Aus der Bestimmung, daß derjenige, der eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung abgegeben hat, den seinem Gegner entstandenen Schaden ersetzen muß, ist nicht zu folgern, daß die Abgabe scherzhaft gemeinter Willenserklärungen generell verboten ist; denn man haftet für solche Erklärungen nur unter bestimmten Voraussetzungen. Man hat nämlich nur dafür einzutreten, daß der Erklärungsgegner von dem Mangel der Ernstlichkeit in Kenntnis gesetzt wird, insofern er ihn nach den gesamten Umständen nicht von sich aus kennen mußte (vergl. § 122 Abs. II BGB). Unterläßt man, wenn auch in der Annahme, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, die Aufklärung des anderen Teils über den Mangel der Ernstlichkeit der Erklärung, so haftet man für den Schaden, der dem Gegner dadurch entsteht, daß er die Erklärung ernst genommen hat. Also gibt auch hier das Unterlassen der Aufklärung den Haftungsgrund. Dies bedeutet wiederum, daß schon vor dem Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung eine gesetzliche Verpflichtung zum Reden bestanden hat, die durch das Unterlassen verletzt worden ist. Also auch im Fall des § 122 in Verbindung mit § 118 bildet den Haftungsgrund die Verletzung einer gesetzlichen Aufklärungspflicht.

Die Betrachtung der §§ 119, 120 in Verbindung mit § 122 BGB ergibt dem Sinn nach folgende Bestimmung:

> „Ist eine irrtümlich abgegebene Willenserklärung (§§ 119, 120) gemäß § 142 angefochten, so ist der Erklärende .... schadensersatzpflichtig".

Die Ersatzpflicht ist hiernach von zwei Voraussetzungen, nämlich Irrtum und Anfechtung, abhängig; doch kann die letztere nicht den Haftungsgrund abgeben, da sie erst die Folge des Irrens des Erklärenden ist. Kann demnach nur dieses zum Schadensersatz verpflichten, so muß bereits vor Abgabe der Erklärung für den Erklärenden eine gesetzliche Pflicht bestanden haben,

in seiner Person keinen Grund dafür zu geben, daß der Gegner in seinem selbstverständlichen Vertrauen darauf, daß kein das Rechtsgeschäft später vernichtender Irrtum vorliegt, getäuscht wird; denn wenn dieser den Irrtum und damit die Anfechtbarkeit gekannt hätte, würde er keine ihn schädigenden Dispositionen getroffen haben. Der Gesetzgeber macht es dem Erklärenden zur Pflicht, bei Abgabe seiner Willenserklärung alles genau durchzuprüfen und die Erklärung so zu formulieren, daß sie das Gewollte auch wirklich wiedergibt und eindeutig ist. Begeht man bei der Erklärung durch Irrtum einen Fehler, so soll man sich zwar von seiner Erklärung loslösen können, weil bei der menschlichen Unvollkommenheit und der Geschäftsungewandtheit großer Teile des Volkes eindeutige Willenserklärungen nicht immer zu erwarten sind und das Festhalten des Irrenden am Vertrage unbillige Härten mit sich bringen würde. Andererseits muß aber der Vertragsgegner davor geschützt werden, daß er Verluste erleidet, weil er sich im Vertrauen auf die Richtigkeit der Erklärung auf den Vertragsschluß eingelassen hat. Hier wird durch den Irrenden zwar nicht eine Aufklärungspflicht anderen gegenüber verletzt; denn man kann unmöglich andere über einem selbst bei Vertragsschluß nicht bekannte Mängel aufklären; wohl aber wird es vom Gesetzgeber als pflichtwidrig angesehen, daß man selbst irrt. Dieses Irren stellt sich als eine Pflichtverletzung dar, als Verletzung einer gesetzlichen vor Zustandekommen des Rechtsgeschäfts bestehenden Pflicht zur genauen Prüfung des eigenen Wollens und zur Abgabe einer eindeutigen Erklärung. Daß in diesem Falle ohne subjektives Verschulden die bloße Pflichtwidrigkeit ausreicht, um eine Haftung zu begründen, will nichts besagen, da sich im Bürgerlichen Gesetzbuch auch an anderen Stellen eine Durchbrechung des Verschuldensprinzips findet.

*β*) Die letzten Vorschriften in diesem Zusammenhange sind die §§ 307, 309 BGB[5]). § 307 lautet:

> „Wer bei der Schließung eines Vertrages, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muß, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet. . . ."

Voraussetzung der Haftung ist also, daß der Vertrag auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist und daß der zum Ersatz Verpflichtete die Unmöglichkeit beim Vertragsschluß gekannt oder aus Fahrlässigkeit nicht gekannt hat.

Den Haftungsgrund gibt nicht die erste Voraussetzung; denn ihre Folge ist im § 306 BGB bestimmt; sie führt danach lediglich zur Nichtigkeit. Die demgegenüber im § 307 normierte Erweiterung und somit der Haftungsgrund liegt vielmehr in der zweiten Voraussetzung dieser Vorschrift, dem Kennen oder Kennenmüssen. Das bedeutet, entsprechend wie in allen bisher behandelten Fällen (§ 694 BGB), daß für den, der die Unmöglichkeit vor Vertragsschluß kennt oder doch kennen sollte, eine gesetzliche Pflicht zur Aufklärung besteht, damit der Verhandlungsgegner sein Verhalten danach einrichten kann. Er soll darauf vertrauen dürfen, daß der die Unmöglichkeit kennende Vertragsgegner ihm hiervon Mitteilung macht.

Ebenso wie diese Bestimmung enthält auch der § 309 BGB eine gesetzliche, bereits im Verhandlungsstadium gegebene Aufklärungspflicht, die durch das Schweigen verletzt wird, nur daß es sich hier statt um das

---

[5]) § 179 BGB, der vielfach als ein Fall der culpa in contrahendo angesehen wird, gehört nicht hierher, da er in Wirklichkeit eine gesetzliche Garantiehaftung enthält. Hieraus erklärt sich auch seine verschärfte Haftung.

Kennen oder Kennenmüssen der Unmöglichkeit einer Leistung um dasjenige eines gesetzlichen Verbotes handelt, das entsprechend der im § 306 BGB getroffenen Regelung normalerweise gemäß § 134 BGB nur Nichtigkeit zur Folge hat.

c) Das Ergebnis dieser speziellen Betrachtung einzelner im Gesetz verstreuter Normen führt zur Bejahung der Ausgangsfrage, ob ein allgemeines gesetzliches Rechtsverhältnis für Pflichten in contrahendo besteht; denn aus den vielen Einzelvorschriften über gesetzliche, einer Sphäre vor der des Vertrages angehörende Pflichten dürfte sich ein allgemeiner im Gesetz zum Ausdruck gekommener Rechtsgedanke des Inhalts ablesen lassen, daß das Gesetz eine bisher kaum beachtete Rechtssphäre, die der Verhandlung, anerkennt und mit bestimmten Pflichten ausgestattet hat.

Die rechtlichen Beziehungen von Mensch zu Mensch werden vornehmlich unter zwei Gesichtspunkten betrachtet, dem des Delikts und dem des Vertrages. In der ersten dieser beiden Sphären bewegt man sich von Gesetzes wegen, also unfreiwillig, allen Mitmenschen gegenüber. Die letzte dagegen schafft man sich freiwillig im Verhältnis zu einer oder einigen Personen. Entsprechend verschieden sind auch die Pflichten dieser beiden Rechtssphären.

$\alpha$) Das Deliktsrecht zeigt eine enge, aber zwingende Ausgestaltung. Es trifft nur die notwendigsten Maßnahmen, die unbedingt für den Schutz einer jeden Person gegenüber dem Handeln ihrer Mitmenschen erforderlich, zugleich aber genügend sind. Deshalb ist in das Deliktsrecht zum Beispiel die bloß fahrlässige Verletzung des Vermögens im allgemeinen nicht aufgenommen. Eine Haftung für jede fahrlässige Vermögensschädigung ist nicht unbedingt notwendig. Eine derartige Bestimmung wäre jedenfalls bei der Mannigfaltigkeit rechtlichen Lebens viel zu ungenau. In einer Sphäre, die man unfreiwillig mit allen Menschen teilt, muß aber größte Bestimmtheit darüber herrschen, welche Rechtsgüter ganz allgemein und konkret faßlich geschützt werden sollen.

$\beta$) Im Gegensatz hierzu bedarf es für die Regelung des vertraglich, also freiwillig übernommenen Rechten- und Pflichtenkomplexes nicht so sehr zwingender, dafür aber weitverzweigter gesetzlicher Schutzvorschriften. Hier kann sich der Einzelne im wesentlichen selbst schützen, entweder dadurch, daß er sich von Verträgen fernhält oder daß er sich durch Bestimmungen im Vertrage sichert. Im Vertragsrecht muß der Gesetzgeber seinerseits hauptsächlich nur die Folgen der Vertragsverletzung genau festlegen. Im übrigen enthält das gesetzliche Vertragsrecht zumeist nur Bestimmungen über Auslegung des Parteiwillens in Zweifelsfällen und Ergänzungen ihrer Erklärungen bei Schweigen ihrer Abmachungen. Der Vertrag selbst aber bietet die eigentliche Grundlage der Beziehungen der Parteien zueinander; er führt aus der Sphäre zufälligen Zusammenlebens zahlreicher Personen, die durch das Deliktsrecht geschützt wird, zu einer festen Bindung zwischen bestimmten Personen.

$\gamma$) Zwischen der Delikts- und der Vertragssphäre liegt als dritte die soeben erörterte, dem Zustandekommen von rechtsgeschäftlichen Bindungen vorgehende Sphäre der Verhandlung, die vom Delikt aus beurteilt feste, vom Vertrag aus gesehen lose Beziehungen der Parteien zum Gegenstande hat. Die Personen treten hier zwar schon aus der Unbestimmtheit der Menge heraus und in gewisse Beziehung zu einzelnen Mitmenschen, ohne sich

jedoch bereits vertraglich zu binden. Gerade deswegen aber, weil trotz Ueberschreitens der Deliktssphäre noch keine rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen eingegangen werden, die es den Parteien ermöglichen, sich gegeneinander zu sichern, bedarf es während der Verhandlung eines besonderen Schutzes der Rechtsordnung, der schon stärker als für das Deliktsrecht ausgestaltet sein muß[6]).

## Abschnitt II.

### Die Pflichten der Verhandlungssphäre.

Ist hiernach festgestellt, daß die Verhandlungssphäre ein gesetzliches Rechtsverhältnis darstellt, aus dem Ansprüche in contrahendo entspringen können, so bedarf es nunmehr der Erörterung, was der Gegenstand dieser Ansprüche ist, was für ein Tun oder Unterlassen (§ 194 BGB) es ist, das jede Partei während der Vertragsverhandlung von ihrem Verhandlungsgegner verlangen kann.

A. 1. Zunächst seien hier vor den weniger interessierenden Nebenverpflichtungen die eigentlichen Verhandlungshauptpflichten betrachtet, deren genauer Inhalt nicht ohne weiteres feststeht, da, wie oben ausgeführt, das ihnen zugrundeliegende Rechtsverhältnis nicht unmittelbar mit klaren Worten im Gesetz niedergelegt ist. Ebenso wie diese Pflichtenbasis aus der typischen Wiederkehr im Gesetz als allgemeingültig erkannt wurde, können auf demselben Wege auch die Pflichten selbst erkannt werden, wenn es gelingt, aus den vielen verschiedenen Einzelvorschriften die typisch wiederkehrenden Momente herauszufinden.

a) Bei den oben angeführten Vorschriften des Schuldrechts handelt es sich vor allem um ausdrückliche Aufklärungspflichten. Ohne ihr Bestehen würde der rechtsgeschäftliche Verkehr sehr erschwert und unsicher werden. Fast in jedem Falle würden unerträgliche zeitraubende Nachforschungen seitens des Gegenkontrahenten notwendig werden, ein Zustand, der äußerst unpraktisch wäre, weil die Untersuchung des Vertragsobjektes stillschweigend dem Gegner, zum Beispiel dem Käufer, zugeschoben würde, obgleich nicht er, sondern der Verkäufer die Beschaffenheit der Sache kennt oder kennen sollte. Eine Wolke des Mißtrauens würde über den Verhandlungen schweben, wenn der Käufer sich nicht darauf verlassen könnte, daß sein Gegner ihn offen mit den Fehlern der Sache vertraut macht. Die Verhandlungen bilden die Grundlage für den Vertrag, die freiwillige enge Pflichtenbegründung beider Parteien; sie müssen daher auch dazu dienen, beiden Teilen Klarheit über alles zu schaffen, was für ihren Entschluß, den Vertrag zu tätigen, wesentlich ist. Das aber bedingt, daß beide Parteien sich auf einander müssen verlassen können, damit nicht das Mißtrauen, sondern das Vertrauen den Verhandlungen den Charakter aufprägt.

---

[6]) Der Systematik halber sei hier ein späteres Ergebnis vorweggenommen: die mittlere Stellung der Verhandlungssphäre zwischen der des Delikts und der des Vertrags zeigt sich besonders darin, daß — stärker als beim Delikt — statt des § 831 BGB mit seiner Exkulpationsmöglichkeit der § 278 BGB mit der unbeschränkten Haftung für den Erfüllungsgehilfen zur Anwendung kommt, daß dagegen — schwächer als beim Vertrag — statt des positiven nur das negative Interesse ersetzt wird.

Im einzelnen ist oben fernerhin festgestellt worden, daß gesetzliche Pflichten zur Unterlassung von Zusicherungen im Verhandlungsstadium bestehen. Betrachtet man den Grund dieser Bestimmungen, so erkennt man, daß es sich auch hier um den gesetzgeberischen Gedanken handelt, daß alle vertraglichen Bindungen in wahrer Kenntnis der Sachlage freiwillig eingegangen und nicht durch falsche Zusicherungen der einen Partei erlistet, erschlichen sein sollen. Im Vertrage kann jede Partei für sich selbst durch entsprechend vorsichtiges Verhalten bei der Anspruchs- und Pflichtenbegründung sorgen. Vor dem Vertragsschluß jedoch ist ihnen dies zumeist unmöglich, so daß sie eines besonderen Schutzes der Rechtsordnung bedürfen; diese greift nur, aber auch stets dann ein, wenn die Parteien sich nicht selbst schützen können, so hier, wenn sie einen Schutz für ihr Vertrauen auf die Aufrichtigkeit des gegnerischen Verhaltens brauchen.

Auch die einschlägigen Bestimmungen des allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuches, nämlich die §§ 307, 309 und 121 in Verbindung mit § 118 enthalten gesetzliche Aufklärungspflichten mit demselben Zweck wie im Schuldrecht, nämlich dem, das Vertrauen einer Partei auf die Richtigkeit der Erklärung der anderen Partei zu schützen. Dieser Zweck wird auch mit der Einführung der Haftung bei Irrtum im Falle der §§ 119, 122 BGB erstrebt. Zwar kann man, wir dargelegt, hier nicht von einer Aufklärungspflicht im eigentlichen Sinne sprechen, weil der Irrende bei Anwendung der im Rechtsverkehr zu verlangenden Sorgfalt nicht immer in der Lage ist, Irrtümer zu vermeiden, und weil niemand über ihm selbst unbekannte Dinge aufklären kann. Auch hier geht der Gesetzgeber aber von dem Gedanken aus, daß alle Erklärungen wahr sein sollen und daß man sich auf Erklärungen anderer verlassen können soll. Aus Billigkeitsgründen wird hier schon für bloß objektiv falsche Erklärungen gehaftet, während in den übrigen Fällen noch ein Verschulden des Erklärenden hinzukommen muß. Der Grundgedanke ist aber auch in diesem Fall eine vom Gesetzgeber statuierte Wahrheitspflicht.

Man kann auch nicht einwenden, daß es sich in den Fällen der §§ 307, 309 und 118 BGB stets um nichtige Verträge handele und daß im Fall des § 119 BGB der Vertrag durch die Anfechtung beseitigt werden kann und daß deshalb der Erklärungsgegner in allen diesen Fällen eines Schutzes für sein Vertrauen nicht bedarf, weil auf Grund der Verhandlungen ein endgültig wirksamer Vertrag garnicht zustandegekommen ist. Wenn auch die Verhandlungen in diesen Fällen in der Tat nicht zu einem gültigen Vertrag führen, so ist es auf Grund der Verhandlungen doch, und zwar infolge des Vertrauens des Erklärungsgegners auf die Richtigkeit der Erklärungen des Erklärenden zu einem Scheinvertrag — zu dem rein äußerlichen Abschluß eines Vertragsgebildes — gekommen, das von dem Erklärungsgegner als endgültig angesehen und dementsprechend in seine weiteren Dispositionen einbezogen wurde.

Auch diese Bestimmungen sind somit durchaus mit denen des Schuldrechts in Einklang zu bringen; sie zeigen sogar noch klarer als jene, daß die Verhandlungspflichten in erster Linie das Vertrauen des Gegners auf die Erklärungen des Erklärenden schützen sollen und erst in zweiter Linie und auch nur mittelbar dem Zustandekommen des Vertrages dienen.

b) Die letzte Betrachtung führt mitten hinein in das Wesen der Verhandlungspflichten. Sie zeigt, daß ihrer gesetzlichen Anerkennung ein allgemeines Prinzip zugrunde liegt. Jede einzelne der besprochenen Vorschriften gewährt dem Verhandlungsgegner einen Anspruch gegen die andere Partei, sich so zu verhalten, daß er im Vertrauen auf die Erklärungen seine Entscheidung auf sie aufbauen kann. In jedem Fall ist es das Vertrauen des Verhandlungsgegners, das vom Gesetz geschützt wird. Man kann diese Erkenntnis dahin verallgemeinern: die Verhandlungspflichten dienen einem Zukünftigen, nämlich dem Schutz vor Folgen, die auf Grund des Vertrauens einer Partei gegenüber den Erklärungen der anderen Partei entstehen, womit jedoch nicht das Zustandekommen des Vertrages, wie man vielleicht auf den ersten Blick annehmen möchte, gemeint ist. Der Vertragsschluß ist wohl der eigentliche Zweck der Verhandlung, die Verhandlungspflichten jedoch können, wenn sie ordnungsmäßig erfüllt werden, die Erreichung dieses Zwecks häufig hindern. Sie zielen nicht auf den Abschluß des Vertrages, sie sollen vielmehr sichern, daß das geschieht, was jede Partei in Kenntnis der wahren von ihrem Gegner nicht verschleierten Sachlage getan hätte. Hierzu zu verhelfen, nämlich dem Zukünftigen die gesunde Grundlage zu geben, wird als Verpflichtung eines jeden, der sich auf Verhandlungen einläßt, festgesetzt. Jede Partei kann von ihrem Gegner ein solches Tun oder Unterlassen verlangen, das ihr Vertrauen auf die Vertragsverhandlung als richtige Geschäftsgrundlage rechtfertigt.

Die Rechtfertigung des Vertrauens des Gegners ist also die Basis aller Verhandlungspflichten; sie ist letzten Endes die Leistung, die alle erörterten Vorschriften dem Erklärenden auferlegen. Diese Leistung konkretisiert sich im einzelnen verschieden. Sie stellt sich teils, so in den gesetzlichen speziellen Vorschriften, als Pflicht zur Aufklärung über einen Fehler oder zur Unterlassung der Zusicherung einer nicht vorhandenen Eigenschaft oder aber auch als ein Novum, zum Beispiel als Pflicht zum Unterlassen einer falschen Vorspiegelung[7]) von Tatsachen oder zur Aufklärung über einen sonstigen Mangel, im Falle des Irrtums sogar nur als Pflicht zu objektiver Wahrheit dar. Wie weit die Pflichtgrenze im einzelnen zu ziehen ist, bestimmt sich jeweils nach objektiven, allgemein anerkannten und auch nach subjektiven, nur für diesen speziellen Fall und diesen speziellen Verhandlungsgegner bedeutsamen Gesichtspunkten. Wie die Grenze läuft, ist unter Berücksichtigung aller berechtigten Interessen festzustellen; denn jede Leistung, also jedes Tun und jedes Unterlassen, ist so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (§ 242 BGB).

2. Neben den eben erörterten Hauptpflichten sind auch noch Verhandlungspflichten anzuerkennen, die ihre Daseinsberechtigung entsprechend den Sorgfaltspflichten des Vertragsrechts aus § 242 BGB entnehmen.

a) Sie bestehen in der Verpflichtung, während der Zeit der Verhandlung dem Gegner gegenüber die nötige Sorgfalt aufzuwenden, damit er und seine Rechtssphäre auch nicht im Zusammenhang mit der Verhandlung einen Schaden erleidet. Die durch die Verhandlung geschaffenen Beziehungen der

---

[7]) Für die Begründung einer Haftung wegen falscher Vorspiegelung bedarf es in diesem Zusammenhang nicht des üblichen Analogieschlusses aus § 463 BGB, da sie sich nach obigen Ausführungen zwangsläufig aus dem Wesen der Verhandlungspflichten ergibt.

Parteien verlangen, daß beispielsweise der Verkäufer einer Schreibmaschine den Käufer nicht nur über die Fehler der Maschine aufklärt, sondern sie ihm beim Vorzeigen auch nicht auf die Füße fallen läßt, und daß der Verkäufer einer Schußwaffe den Käufer nicht bei unvorsichtiger Handhabung niederschießt[8]). Den Geschädigten in diesem Fall lediglich auf die Bestimmungen des Deliktsrechts zu verweisen, würde in den zahlreichen Fällen, in denen ein Gehilfe die Verhandlungen leitet, wegen der im § 831 BGB gewährten Exkulpationsmöglichkeit zu einem Ausschluß der Haftung des Geschäftsherrn führen, während die Einreihung dieser Fälle unter die Pflichten in contrahendo über die §§ 242, 278, 276 BGB das wünschenswerte Ergebnis der Haftung des Geschäftsherrn zur Folge hat.

b) Dem Wesen nach handelt es sich bei den Nebenpflichten um etwas anderes als bei den Verhandlungshauptpflichten. Diese besitzen, wie oben ausgeführt wurde, nur für die Zukunft Bedeutung, in der ihre Erfüllung oder Verletzung Leben gewinnt. Erst das hinter der Verhandlungssphäre liegende Stadium gibt ihnen ihre Bedeutung, gleichgültig, ob es sich um ein nichtiges oder ein gültiges Rechtsgeschäft handelt. Die Nebenpflichten dagegen wurzeln ebenso wie alle vertraglichen Verpflichtungen in ihrer eigenen Sphäre; sie gehören nur der Gegenwart an, sodaß in ihnen ein wirkliches Eigenleben der Verhandlung zum Ausdruck kommt.

B. Zeitliche Begrenzung aller Pflichten durch die Verhandlung.

Nach dieser Analysierung der Pflichten der Verhandlungssphäre muß noch ihre zeitliche Dauer festgelegt werden, bevor ihre Verletzung und die daraus entspringenden Folgen erörtert werden können. Die Verhandlungspflichten bestehen, wie schon in dem Wort zum Ausdruck gebracht wird, nur während der Verhandlung. Was aber hierunter fällt, mit anderen Worten, wann die Verhandlung beginnt und wann sie endet, bedarf besonderer Klarstellung.

1. Zunächst ist die Frage nach dem Beginn der Verhandlung zu untersuchen.

Zum Verhandeln gehören begriffsnotwendig mindestens zwei Parteien. Durch das Kundtun des Verhandlungswillens nur einer Person kann die Verhandlung also keinesfalls eröffnet sein.

Vielmehr sind hierzu — entsprechend der Sachlage beim Vertragsschluß — eine Offerte zum Verhandeln und die Annahme dieses Angebotes erforderlich. Das bedeutet jedoch nicht, daß die beiden Parteien schon einen ausdrücklichen Meinungsaustausch in Wort oder Schrift vornehmen müssen. Wie der Zeitpunkt der Kundgebung des Verhandlungswillens nur einer Partei zu früh ist, so kann d i e s e r Augenblick unter Umständen zu spät sein; denn wenn zum Beispiel der Kaufinteressent beim Betreten eines Ladens, und zwar noch bevor er mit einem Verkäufer verhandelt, auf einer vom Geschäftspersonal fahrlässigerweise nicht entfernten Apfelsinenschale ausrutscht, so kann er sich, wenn man die Verhandlung als noch nicht eröffnet betrachten wollte, wegen des erlittenen Schadens zwar aus § 823 I BGB an den schuldigen, jedoch meist mittellosen Angestellten halten, den zahlungsfähigen Geschäftsherrn selbst aber nur im Rahmen des § 831 BGB in Anspruch nehmen, was wegen der dort vorgesehenen Exkulpationsmöglichkeit in den meisten Fällen ein negatives Ergebnis haben dürfte. Praktisch würde

[8]) Vergl. RG. Bd. 78 S. 239.

dem Geschädigten also nicht geholfen werden, ein Ergebnis, das umso unbefriedigender ist, als derselbe Tatbestand in dem Fall, daß der Käufer bereits mit einem Verkäufer verhandelt hätte, eine Haftung wegen culpa in contrahendo nach sich zöge, die, das sei hier vorweggenommen, infolge Anwendung des § 278 BGB eine für den Käufer weit günstigere Position schaffen würde.

Die praktischen Auswirkungen lassen den Zeitpunkt des Verhandlungsbeginnes klar erkennen. Richtig kann nur sein, daß, um die Verhandlung in Lauf zu setzen, die Offerte zum Verhandeln und die Annahme dieses Angebots zwar erklärt sein müssen, daß diese Erklärungen jedoch konkludent, allerdings in einer für den Gegner erkennbaren Weise erfolgen können. Eröffnet jemand zum Beispiel ein Warenhaus, so liegt darin eine konkludente Offerte zur Verhandlung — sie ist nicht mit der zugleich darinliegenden Aufforderung zur Abgabe einer Vertragsofferte zu verwechseln —; denn hierdurch wird jedermann deutlich der Verkaufswille des Geschäftsinhabers zur Kenntnis gebracht. Ebenso objektiv erkennbar muß, um von einer konkludenten Annahme dieser Offerte sprechen zu können, aber auch für den Verkäufer der Wille des Käufers sein, mit ihm in Verhandlung zu treten. Diese Erkenntnismöglichkeit besteht noch nicht in dem Augenblick, in dem der Käufer seine Wohnung verläßt, um in Kaufabsicht in ein ganz bestimmtes Geschäft zu gehen, wohl aber dann, wenn er das Kaufhaus betritt. Dem Einwand, daß die Kaufabsicht des Geschäftsbesuchers auch in diesem Augenblick noch nicht objektiv feststellbar sei, läßt sich einmal mit der Beweisregel begegnen, daß zugunsten desjenigen, der ein Geschäft betritt, die Vermutung für tatsächliche Kaufabsicht und somit für die Annahme der Verhandlungsofferte spricht, sodaß der Verkäufer, der sich bei einem etwaigen Unfall von der Haftung wegen culpa in contrahendo befreien will, den Nachweis des Nichtzutreffens dieser Vermutung in concreto erbringen muß. Zum andern gehört auch das Besichtigen und Aussuchen der Ware zum Stadium der Vorverhandlung. In vielen Fällen, so vor allem in Warenhäusern, wird daher der Beginn der Vorverhandlung in der durch das Betreten des Geschäfts zum Ausdruck gebrachten Annahme des Angebots zur Besichtigung des Warenlagers, das der Geschäftsinhaber in der Hoffnung auf Abschlüsse durch die Warenauslage erkennbar macht, zu sehen sein.

2. Ist hiernach der Beginn der Verhandlungssphäre im Einzelfall unschwer zu bestimmen, so ist die Frage nach ihrem Ende noch leichter und zwar dahin zu beantworten, daß es entweder durch das Zustandekommen eines gültigen Vertrages oder durch einen vermeintlichen, rechtlich unwirksamen Vertragsschluß (dem der Fall des Dissenses gleichzustellen ist) oder durch den Abbruch der Verhandlungen, einerlei aus welchem Grunde, bestimmt wird.

C. 1. Eine Schwierigkeit liegt noch in der Bestimmung des Zeitpunktes, in dem bei langer Dauer der Verhandlungen die Verhandlungshauptpflichten als erfüllt anzusehen sind. Die Fälligkeit der Verhandlungsansprüche entsteht mit dem Beginn der Verhandlung und bleibt auch während ihrer ganzen Dauer als sogenannte Dauerfälligkeit bestehen; denn die Aufklärung soll einerseits möglichst sofort erfolgen, andererseits muß die Aufklärungspflicht auch während der ganzen Verhandlung aufrecht erhalten bleiben, weil sie sonst durch späteres Negieren hinfällig gemacht werden könnte.

2. Die Verhandlungspflichten können weiter auch nicht im ersten Augenblick erfüllt werden. Selbstverständlich kann der Gegner sofort über einen Fehler der Sache aufgeklärt werden; jedoch ist diese Aufklärung nicht als endgültige Erfüllung anzusehen. Dies zeigt folgende Erwägung: Während im Vertragsrecht die Ansprüche durch Erfüllung untergehen, wird das Ende der Verhandlungsansprüche, wie soeben festgestellt wurde, nicht durch Erfüllung, sonden durch Zeitablauf, nämlich durch die Beendigung der Verhandlung bestimmt. Dementsprechend finden die Pflichten hierdurch auch bei Nichterfüllung ein Ende, ohne daß ihre Verletzung Unmöglichkeit der Leistung zur Folge gehabt hätte. Infolgedessen kann der Verpflichtete auf der einen Seite nur bis zum letzten Augenblick dieser Zeitspanne seinen Verpflichtungen genügen, weil die Erfüllung nicht mehr existierender Pflichten eine Unmöglichkeit ist[9]). Auf der anderen Seite kann aber vor diesem letzten Augenblick von einer Erfüllung nicht die Rede sein, da „verpflichtet sein" „etwas leisten sollen" bedeutet, eine Leistung aber nicht erbracht sein kann, solange — nämlich bis zum Ende der Verhandlung — die Verpflichtung besteht. Das Ergebnis ist also, daß eine Aufklärungspflicht nur dann als erfüllt anzusehen ist, wenn die Aufklärung entweder erst im letzten Augenblick vor Verhandlungsende erfolgt oder aber bis dahin aufrecht erhalten wird, während der Verpflichtung zur Unterlassung einer Zusicherung erst dann genügt ist, wenn entsprechende falsche Angaben während der ganzen Verhandlung einschließlich des letztmöglichen Zeitpunktes nicht erfolgen.

## Abschnitt III.

## Die Verletzung der Verhandlungspflichten.

Den eigentlichen Kernpunkt des Problems der culpa in contrahendo bildet nicht die Erfüllung, sondern die Verletzung der primären Verhandlungspflichten, weil sie die Voraussetzung für das Entstehen der sekundären Schadensersatzpflicht ist.

A. Festzustellen sind hier der Haftungsmaßstab und der Haftungsgrund. Dabei ist von den speziellen Regelungen, zum Beispiel der Besonderheit bei arglistigem Verhalten im § 463 Satz 2 BGB abzusehen und zu klären, welcher allgemein geltende Haftungsmaßstab bei Zuwiderhandlungen des Verhandlungsschuldners gilt, d. h. für welches Maß an Verschulden er einzustehen hat. § 276 BGB ordnet an, daß der Schuldner, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Diese Vorschrift muß auch für den Verhandlungsschuldner gelten, da sie ganz allgemein von „Schuldner" spricht und zudem im allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse enthalten ist, sodaß eine Beschränkung auf den Vertragsschuldner im Gegensatz zum gesetzlichen Schuldner nicht zu rechtfertigen ist[10]). Den Verhandlungsschuldner dann aber von den übrigen gesetzlichen Schuldnern auszunehmen, entbehrt jeder Grundlage.

---

[9]) Erfolgt die Aufklärung erst nach Schluß der Verhandlung, was für den Gegner immerhin noch von Interesse sein kann, so wird damit nicht mehr eine Verhandlungs-, sondern eine Vertragspflicht erfüllt.

[10]) Recht 1907 S. 246.

§ 276 BGB gibt hiernach den Haftungsmaßstab auch für die Verletzung von Verhandlungspflichten ab. Aus dieser Vorschrift kann jedoch nicht zugleich der Haftungsgrund abgeleitet werden, und zwar hier ebensowenig wie bei der positiven Vertragsverletzung[11]; denn § 276 BGB sagt nur, was der Schuldner zu vertreten hat, nicht dagegen wann und wie er für sein Verschulden einstehen muß. Der Ausdruck „hat zu vertreten" kann nicht mit dem Begriff „hat Schadensersatz zu leisten" identifiziert werden[12].

B. 1. Die Rechtserheblichkeit vertraglicher Pflichtverletzungen wird, abgesehen von den speziellen Regelungen, allgemein danach beurteilt, ob sie den gesetzlichen Tatbestand einer der §§ 280 f. BGB erfüllen. Das gleiche muß aber auch dann gelten, wenn die Verletzung gesetzlicher Pflichten, also auch der Verhandlungspflichten, in Frage steht; denn mit derselben Begründung, die die Beschränkung des § 276 BGB auf das Vertragsrecht verbietet, ist auch die Beschränkung der §§ 280 f. BGB auf das Vertragsrecht als nicht stichhaltig abzulehnen.

2. Um den Haftungsgrund (§§ 280 f. BGB) in allen Einzelheiten erfassen zu können, bedarf es der vorherigen Erörterung des rechtlich beachtsamen Zeitpunktes der Verletzung der Verhandlungshauptpflichten, weil diese einen besonderen, vom Gewohnten abweichenden Charakter aufzeigen.

Grundsätzlich wird eine Pflicht in dem Augenblick tatsächlich und rechtlich verletzt, in dem man etwas tut, was sich ihrer ordentlichen Erfüllung in den Weg stellt, sie ganz vereitelt, verzögert oder sonstwie beeinträchtigt. Was aber bedeutet das in Anwendung auf die Fälle der Verletzung von Verhandlungspflichten, d. h. wann wird hier die Erfüllung irgendwie beeinträchtigt?

Gibt einer der Verhandlungspartner eine unwahre Zusicherung ab oder verschweigt er einen Fehler der Sache, so könnte man der Ansicht sein, daß die Pflichtverletzung in dem ersten Beispiel bereits mit Abgabe der Zusicherung und in dem anderen Beispiel schon durch das Schweigen in dem Augenblick der Verhandlung, als die Aufklärung erstmals möglich war, begangen wird. Beide Lösungen sind m. E. unrichtig; denn wenn auch eine Zuwiderhandlung daran zu erkennen ist, daß durch sie die Erfüllung beeinträchtigt wird, und wenn hier auch eine derartige Beeinträchtigung vorzuliegen scheint, so ist diese bei Berücksichtigung der Eigenart der Verhandlungspflichten doch nicht rechtserheblich. Erfüllung dieser Pflichten bedeutet nicht nur, wie es im einzelnen erscheinen mag, die Aufklärung über Fehler der Sache oder das Unterlassen der Zusicherung nicht vorhandener Eigenschaften, sondern insgesamt ein solches Verhalten der Verhandlungspartner, daß dem zukünftigen Vertrag eine gesunde Basis gegeben wird. Aufklärung und Unterlassung einer Zusicherung sind wohl Konkretisierungen dieser Verpflichtung, können aber nicht losgelöst von ihrer inneren Bedeutung behandelt werden. An sich, d. h. lediglich als Teil der Verhandlung

[11]) So auch RG.-Kommentar § 276, 1; (Staub)-Müller S. 31; (Planck)-Siber S. 217. Dagegen Staudinger I S. 150; Brecht in Iherings Jahrbuch Bd. 53 S. 246.

[12]) Näheres in den Arbeiten über positive Vertragsverletzung. Hier sei nur noch eins bemerkt: Falls § 276 BGB den Haftungsgrund abgäbe, würde § 280 BGB den unmöglichen Inhalt erhalten: „Soweit die Leistung infolge eines den Schuldner schadensersatzpflichtigmachenden Umstandes unmöglich wird, hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen."

betrachtet, sind sie, wie wir bereits wiederholt festgestellt haben, nichts. Sie gewinnen nur und erst Leben in dem Augenblick, in dem sie Basis für etwas Zukünftiges werden. Einem Selbstzweck können sie nicht dienen.

Erfüllung in diesem Sinne bedeutet, dafür Sorge zu tragen, daß die Grundlage des Zukünftigen gesund wird. Von einer Grundlage aber kann nur und erst dann die Rede sein, wenn auf einen Tatbestand ein neuer folgt.

Hieraus ergibt sich: von einer rechtlich beachtsamen Verletzung (im Gegensatz zu der bloß tatsächlichen durch Zusicherung oder Schweigen) kann erst die Rede sein, wenn feststeht, daß die Verhandlung selbst die Grundlage für etwas Neues wird, sei es dadurch, daß einer der Beendigungsgründe der Verhandlung (Vertragsschluß, äußerlich gültiger, in Wahrheit unwirksamer Vertragsschluß oder Abbruch der Verhandlung) eintritt oder daß der Gegner schon während der Verhandlungszeit auf Grund tatsächlicher Zuwiderhandlungen Dispositionen trifft.

Rechtlich besteht sonach eine Pflichtverletzung dann, wenn in demselben Augenblick, in dem der Eintritt eines durch die Verhandlung hervorgerufenen Novums unmittelbar bevorsteht und durch nichts mehr verhindert werden kann, bereits eine tatsächliche Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungs- oder Aufklärungspflicht vorliegt.

Dabei interessieren besonders die Fälle, in denen das Novum und damit die — rechtserhebliche — Pflichtverletzung nicht am Verhandlungsende, sondern inmitten der Verhandlung eintritt. Zum Beispiel der Verkäufer sichert dem Käufer eine besondere Eigenschaft des Kaufgegenstandes zu. Im Vertrauen auf die Richtigkeit der Zusicherung entschließt sich der Käufer kurze Zeit danach zum Abschluß des Geschäfts und trifft in der sicheren Erwartung des Vertragsschlusses Dispositionen. Hier hat der Verkäufer, wie dargelegt, seine Pflicht nicht schon im Augenblick der tatsächlichen Zusicherung verletzt; denn hätte er sie, bevor der Käufer seine Dispositionen traf, widerrufen, so wären diese nicht erfolgt; die Verhandlung (einschließlich der Zusicherung) wäre nicht die Grundlage des Entschlusses des Käufers geworden. Andererseits liegt aber jeder Zeitpunkt nach dem Tätigwerden des getäuschten Käufers auch schon nach der Pflichtverletzung; denn würde die Zusicherung in diesem Fall auch vor Verhandlungsende zurückgenommen, so bliebe sie doch wegen der nun einmal auf Grund der tatsächlich erfolgten Zuwiderhandlung getroffenen weiteren Entschlüsse des Käufers die Grundlage für das den Verhandlungen entsprungene Stadium. Der Getäuschte würde Schaden erleiden, wenn er den Vertrag nicht mehr abschlösse, weil er die Kosten der inzwischen getroffenen Verfügung tragen müßte. Er würde Schaden aber auch erleiden, wenn es doch noch zum Vertragsschluß käme, weil die zugesicherte Eigenschaft der Kaufsache fehlt.

Bei dieser Betrachtung handelt es sich nicht etwa um eine Verwechselung von Pflichtverletzung mit Schadensentstehung, wie folgende Abwandlung des Beispiels zeigen mag. Der Verkäufer sichert etwas Falsches zu, ihn erfaßt aber, bevor der Gegner irgend etwas im Vertrauen auf die Richtigkeit der Zusicherung unternimmt, die Reue, und er bricht die Verhandlung ab, um nicht seine lügenhafte Aussage zurücknehmen zu müssen. Hier ist dem Gegner zwar noch kein Schaden entstanden; die Verletzung ist aber im letzten Augenblick vor Verhandlungsabbruch rechtlich beachtsam geworden, weil die Verhandlung in dem Augenblick, in dem das Novum, die Beendigung der Verhandlung, eintrat, mit der Zusicherung behaftet war. Diese Betrachtung ist nicht rein theoretisch; denn ein Schaden kann auch

hier noch später eintreten, wenn zum Beispiel der Verhandlungsgegner den Gegenstand im Vertrauen auf die Zusicherung des ursprünglichen Eigentümers von einem späteren Erwerber kauft.

Hier muß noch eins bemerkt werden: Tatsächliche und rechtliche Verletzung können selbstverständlich in einem Augenblick zusammenfallen. Ausschlaggebend für letztere ist aber stets das objektive Moment eines neuen Geschehens. Der Einwand, das Verletzen einer Pflicht, grundsätzlich etwas rein Subjektives, könne nicht von einem späteren Ereignis abhängig gemacht werden, geht an der Sache vorbei. Dieses spätere Geschehen gibt lediglich den Zeitpunkt der rechtlichen Beachtsamkeit einer tatsächlich bestehenden Verletzung an. Die Unterscheidung zwischen rechtlich und tatsächlich mag für alle anderen Verpflichtungen außer den Verhandlungshauptpflichten eine merkwürdige und unsinnige Gegenüberstellung bedeuten. Hier aber ist sie nichts anderes als die logische Schlußfolgerung aus der Eigenart dieser Pflichten, nur dem Zukünftigen zu dienen und ohne Eintritt eines neuen Geschehens bedeutungslos zu sein. Auch der Gedanke ist abzulehnen, daß für den Fall der Aufklärungspflicht eine Unbilligkeit darin liege, wenn ein Teil auf Grund des vorläufigen Schweigens des anderen Teils voreilige Maßnahmen träfe und wenn man den Aufklärungspflichtigen deshalb wegen einer Pflichtverletzung haftbar machen wollte. Unbillige Ergebnisse werden hier dadurch vermieden, daß die Haftung nur bei Verschulden eintritt und dies in solchen Fällen zumeist fehlen wird. Selbst wenn den Aufklärungspflichtigen aber ein leichtes Verschulden trifft, weil er zum Beispiel wegen der besonderen Erheblichkeit des Mangels zur sofortigen Aufklärung verpflichtet war, wird in solchen Fällen zumeist auch auf seiten des anderen Teils eine Fahrlässigkeit liegen, die, wie wir noch sehen werden, zu einem Schadensausgleich wegen konkurrierenden Verschuldens führt.

3. Welcher der §§ 280 f. BGB kommt nun im Einzelfalle zur Anwendung? Mit anderen Worten: Gründet sich die Haftung bei Verletzung gesetzlicher Verhandlungspflichten auf Unmöglichkeit, auf Verzug oder — in analoger Anwendung des § 280 BGB — auf positive Vertragsverletzung?

a) Hier sollen zunächst wieder die Fälle der Verletzung von Hauptpflichten betrachtet werden.

α) Tatbestand der Zuwiderhandlung gegen eine Aufklärungspflicht: der Verkäufer verschweigt dem Käufer, daß das Kaufobjekt mit Mängeln behaftet ist. Wie wir oben festgestellt haben, kann die Pflichtverletzung bereits im Verlaufe der Verhandlung oder erst an ihrem Ende rechtliche Bedeutung erlangen.

aa) Erörtern wir zunächst den ersteren Fall.

Der Aufklärungspflichtige hat geschwiegen; damit ist aber keineswegs die zukünftige Aufklärung und zwar noch vor Verhandlungsende, also in Erfüllung der Verhandlungspflichten unmöglich geworden; denn die Aufklärung kann immer noch erfolgen. § 280 BGB kommt daher für diesen Fall nicht zur Anwendung.

Da die Pflichtverletzung einerseits die Aufklärung nicht unmöglich macht, andererseits aber in einem Nichttun, einem Unterlassen, besteht, so ist der Gedanke naheliegend, in ihr einen Fall des Verzuges zu sehen. § 284 Abs. 1 S. 1 BGB lautet:

> „Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug."

Außer dem im § 285 BGB geforderten Verschulden verlangt der Verzug also Fälligkeit und Mahnung. Stellt man sich auf den Standpunkt, daß die letztere Voraussetzung stets — abgesehen von dem hier von vornherein ausscheidenden Falle der kalendermäßig bestimmten Leistung (§ 284 Abs. 2 BGB) — vorliegen muß, so käme Verzug als Haftungsgrund nicht in Frage. M. E. ist aber in einem Falle wie dem vorliegenden, wie überhaupt ganz allgemein dann, wenn es sich um die Verletzung von Aufklärungspflichten handelt, eine Mahnung nicht erforderlich, um Verzug zu begründen[13]). Der Gegner weiß in diesen Fällen naturgemäß nichts von dem Vorhandensein des Fehlers; er soll erst darüber aufgeklärt werden. Eine Mahnung zu dieser Aufklärung ist kaum denkbar, jedenfalls aber nicht zu erwarten. Der Tatbestand des Verzuges muß hier schon dann als gegeben angesehen werden, wenn nur Verschulden und Fälligkeit vorliegen. Da die Aufklärungspflicht, wie bereits festgestellt ist, während der ganzen Verhandlungsdauer fällig ist, stellt sich also die schuldhafte Pflichtverletzung in diesen Fällen als Verzug dar.

Verzug setzt voraus, daß die Verpflichtung noch erfüllt werden kann. Was ist dann aber der Haftungsgrund, wenn der Aufklärungspflichtige überhaupt nicht aufklärt, jedenfalls nicht in der Zeit von der Pflichtverletzung bis zum Verhandlungsende? § 287 S. 2 BGB bestimmt:

> „Er (der Schuldner) ist auch für die während des Verzugs durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich, es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde."

Von Unmöglichkeit, die durch Zufall eintritt, ist hier die Rede. Ist diese vorliegend gegeben? Keinem Zweifel kann unterliegen, daß die Leistung unmöglich wird; denn der letzte Augenblick vor Verhandlungsende ist, wie schon erwähnt, doch nur deshalb der Zeitpunkt letztmöglicher Erfüllung, weil mit der Verhandlung auch die Verhandlungspflichten enden. Die Erfüllung nicht mehr existierender Pflichten ist aber eine logische Unmöglichkeit. Unterläßt der Verpflichtete die Aufklärung bis zum Verhandlungsschluß, so ist damit die Erfüllung der Aufklärungspflicht schlechthin unmöglich, und zwar nicht durch das Verhalten des Verpflichteten, sondern infolge Zeitablaufs. § 287 S. 2 BGB schafft eine Haftung des Schuldners für alle Fälle einer während des Verzuges eintretenden Unmöglichkeit, sogar für zufällige Unmöglichkeit. Der Schuldner haftet daher erst recht für eine durch bloßen Zeitablauf eintretende Unmöglichkeit. Infolgedessen kommt für diese Ausgestaltung des Falles § 287 S. 2 BGB zur Anwendung.

bb. Die soeben entwickelten Gedankengänge betrafen die rechtlich beachtsame Pflichtverletzung während der Verhandlungszeit. Dieselben Grundsätze gelten aber auch, wenn die rechtlich beachtsame Pflichtverletzung am Ende der Verhandlung, d. h. in ihrem letzten Augenblick erfolgt.

Auch hier macht nicht die Pflichtverletzung, sondern der Verhandlungsschluß die Erfüllung der Aufklärungspflicht unmöglich. Der Zeitablauf, nicht das Verhalten des Aufklärungspflichtigen, hat die Unmöglichkeit zur Folge. Außerdem tritt auch in diesem Falle die Unmöglichkeit der Pflichterfüllung einen, wenn auch denkbar kleinsten, Augenblick später als die Zuwiderhandlung ein; denn diese muß, da zur Grundlage für Zukünftiges bestimmt, als noch innerhalb der Verhandlungssphäre, wenn auch in ihrem allerletzten Zeitpunkt liegend, gedacht werden. In diesem Augenblick wäre

[13]) So auch von Tuhr Bd. I § 356; (Planck)-Siber § 273.

die Erfüllung — theoretisch — aber noch möglich gewesen. Die Unmöglichkeit dagegen tritt zwar schon, aber auch erst, im nächsten Moment auf und zwar als Doppelerscheinung, die einerseits der Erfüllung der Verhandlungspflichten ein Ende macht, andererseits den Anfang des neuen Stadiums darstellt.

Auch in dieser Abwandlung des Falles kommen die Verzugsregeln zur Anwendung, hier stets in der Gestalt des § 287 S. 2 BGB, nämlich des Verzuges mit nachfolgender Unmöglichkeit durch Zeitablauf.

*β*) Zu erörtern bleibt jetzt noch der Tatbestand, daß ein Beteiligter eine Verpflichtung zur Unterlassung falscher Zusicherungen verletzt.

aa. Und zwar betrachten wir auch hier zunächst den Fall der Zuwiderhandlung während der Verhandlungsdauer.

Der Erklärende macht durch seine Zusicherung seine Pflicht zum Unterlassen nicht unmöglich; denn er kann für die Zukunft seiner Pflicht durchaus genügen, da er seine falsche Erklärung widerrufen kann. (Diese und die folgenden Ausführungen schließen sich der Ansicht Staubs in „Positive Vertragsverletzungen" an.)

Verzug kann andererseits aber deshalb nicht vorliegen, weil es sich nicht um ein Unterlassen, sondern um das Gegenteil, um ein pflichtwidriges Tun des Erklärenden handelt.

Die Zusicherung stellt sich vielmehr als eine positive Forderungsverletzung dar, auf die § 280 BGB analog anzuwenden ist.

bb. Auch wenn die Zusicherung erst im letztmöglichen Zeitpunkt vor Verhandlungsende rechtlich beachtlich wird, bleibt das Ergebnis dasselbe. Aus denselben Gründen wie oben kann weder

Unmöglichkeit, noch
Verzug, sondern nur
positive Forderungsverletzung vorliegen.

Die nachfolgende Unmöglichkeit durch Zeitablauf ist auch in diesem Fall auf das Ergebnis ohne Einfluß, da sich Verletzungszeitpunkt und Verhandlungsende als zwei verschiedene, wenn auch unmittelbar auf einander folgende Augenblicke darstellen.

b. Die oben angestellten Betrachtungen betrafen die Verletzung von Verhandlungs h a u p t pflichten. Auf nähere Ausführungen über die Verletzung von Verhandlungs n e b e n pflichten muß verzichtet werden, weil der Begriff der Sorgfaltspflichten zu umfassend ist, um die zahlreichen Möglichkeiten ihrer Erscheinungsform im einzelnen untersuchen zu können. Es muß hier mit der allgemeinen Feststellung, daß stets einer der §§ 280 f. BGB (Unmöglichkeit, Verzug oder positive Forderungsverletzung) zur Anwendung kommt, sein Bewenden haben.

C. Wir gingen bisher stillschweigend stets von der Voraussetzung aus, daß der Ersatzpflichtige selbst durch sein Verhalten den Haftungsgrund schuf. Erörtert werden muß noch die Frage, ob die sekundäre Ersatzpflicht auch dann eintritt, wenn die primäre Verhandlungspflicht nicht durch eigenes Verschulden, sondern durch die Schuld eines Dritten verletzt wird, ob also der Geschäftsherr für den Schaden einzustehen hat, den seine Angestellten während der Verhandlung schuldhaft verursachen. Wie bereits erwähnt, würde die Anwendung der Deliktsvorschriften nur zu einer Haftung des Geschäftsherrn im Rahmen des § 831 BGB, also zur Haftung mit Exkulpationsmöglichkeit, einem in den meisten Fällen völlig unzureichenden Ergebnis führen.

Die Regelung des Vertragsrechts mit seinem Begriff des Erfüllungsgehilfen schafft eine unbeschränkte Haftung des Geschäftsherrn. § 278 S. 1 BGB sagt:

> „Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten, wie eigenes Verschulden."

Bei dieser Vorschrift handelt es sich, richtig betrachtet, nicht nur um eine für das Vertragsrecht geltende Bestimmung, sie beansprucht vielmehr Gültigkeit auch für jedes gesetzliche Schuldverhältnis, bei dessen Erfüllung man sich einer dritten Person bedient. Die Anwendung des § 278 BGB lediglich auf Vertragsrecht entspricht nur der Gewohnheit, da sich die praktische Anwendung des Paragraphen meistens auf Verträge beschränkt, meistens, aber nicht stets, wie der vorliegende Fall zeigt, in dem es sich zwar um die Erfüllung von Pflichten, nicht aber um solche vertraglicher, sondern gesetzlicher Art, von Pflichten der Verhandlungssphäre handelt[14]). § 278 BGB ist daher auch auf die Verhandlungssphäre anwendbar. Allerdings wird es nur wenige Fälle geben, in denen der Geschäftsherr einen Angestellten lediglich zur Erfüllung der Verbindlichkeit, d. h. hier also zur Aufklärung bestellt. Und undenkbar ist es, daß jemand einen anderen mit der „Unterlassung einer Zusicherung" betraut. Um die Bedeutung des § 278 BGB für die Verhandlungspflichten zu erkennen, darf man aber den Wortsinn nicht zu eng fassen. Wenn ein Angestellter zwar nicht speziell zur Erfüllung einer Verhandlungspflicht, wohl aber für die gesamte Leitung einer Verhandlung bestellt wird, so wird ihm damit auch die Erfüllung dieser Pflicht auferlegt. Verletzt er sie schuldhaft, so hat der Geschäftsherr dafür einzustehen. § 278 BGB kommt dabei nur während der Zeit der Verhandlungsdauer zur Anwendung, während der der Gehilfe tatsächlich verhandelt. Soweit der Geschäftsherr selbst und allein tätig wird, bewendet es bei der Vorschrift des 276 BGB.

Man könnte bei der Zusicherung durch den Vertreter des Geschäftsherrn außer an § 278 BGB auch an die Anwendung der Vertretungsgrundsätze (§§ 164 f. BGB) denken. Jedoch die Zusicherung, die sich während der Verhandlung als W i s s e n s erklärung darstellt, wird erst in dem Augenblick des Zustandekommens des Vertrages zur rechtsgeschäftlichen W i l l e n s erklärung, und hierin liegt der Grund für die Ablehnung der Anwendbarkeit der §§ 164,f. BGB auf die Verhandlungssphäre; denn wenn auch auf Willenserklärungen die Vertretungsgrundsätze zur Anwendung kommen, so handelt es sich um solche doch erst im Augenblick des Vertragsschlusses selbst, in dem die Verhandlungen beendet sind.

D. Bevor wir von der Betrachtung des Haftungsgrundes zu der des Haftungsumfanges übergehen, sei der Vollständigkeit halber noch kurz auf den Fall hingewiesen, daß für die Schadensentstehung nicht nur das Verschulden des anderen Teils und seiner Gehilfen, sondern außerdem ein eigenes schuldhaftes Verhalten des Geschädigten kausal gewesen ist. Bei derartiger Sachlage den § 254 BGB ebenso direkt wie die §§ 276, 278, 280 f. BGB anzuwenden, dürften Bedenken nicht bestehen. Die Anwendung dieser Vorschrift ist von besonderer Bedeutung dann, wenn der einen Partei durch Dispositionen, die sie auf Grund des Verschweigens der anderen ge-

---

[14]) Siehe im übrigen die auch hier durchgreifenden Argumente zu den §§ 276, 280 f. BGB.

troffen hat, schon während der Verhandlung ein Schaden entstanden ist, einerlei, ob es danach zum Vertragsschluß kam oder nicht. Hier wird § 254 BGB alle Härten, die anscheinend für den Schadensstifter bestehen, ausgleichen, da sehr häufig ein fahrlässiges Verhalten des Geschädigten vorliegen wird.

## Abschnitt IV.

### Der Haftungsumfang.

A. Von Interesse ist hier nur der Haftungsumfang bei Verletzung der Verhandlungshauptpflichten.

1. Allgemeine Regelung.

a) Da die §§ 280 f. BGB nach den vorstehenden Ausführungen den Haftungsgrund bei Verletzung der Verhandlungspflichten abgeben, bemißt sich auch der Umfang des Schadensersatzes nach diesen Bestimmungen.

Hier sollen zunächst die Fälle erörtert werden, in denen sich die Pflichtverletzung als positive Forderungsverletzung (mit analoger Anwendung des § 280 BGB) oder als Verzug mit nachfolgender Unmöglichkeit (§ 287 S. 2 in Verbindung mit § 280 BGB) darstellt. In beiden Fällen ist nach dem Gesetz der durch die Nichterfüllung entstehende Schaden zu ersetzen. Bedeutet dies Ersatz des positiven oder des negativen Interesses? Nach dem Sprachgebrauch wird gewöhnlich Schadensersatz wegen Nichterfüllung allgemein auch für die Fälle der §§ 280 f. BGB bei Vertragsverletzung identifiziert mit Ersatz des positiven Interesses. Ob das positive Interesse auch bei Verletzung von Verhandlungspflichten zu ersetzen ist, soll im folgenden untersucht werden.

§ 280 BGB bestimmt nur, daß Schadensersatz zu leisten ist; er sagt aber nicht, wie er zu bewirken ist. Den Umfang der Schadensersatzpflicht legt § 249 S. 1 BGB fest:

> „Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre."

Der zum Ersatz verpflichtende Umstand ist entweder das Zusichern oder das Schweigen des Ersatzpflichtigen. § 249 BGB verlangt, daß der Zustand wiederhergestellt wird, der ohne die Zusicherung oder das Schweigen bestehen würde. Der Verhandlungsgegner hat im Vertrauen auf die Richtigkeit der Zusicherung oder im Vertrauen darauf, daß ihm nichts Erhebliches verschwiegen worden ist, die ihn schädigenden Handlungen vorgenommen. Ohne die Zusicherung oder bei richtiger Aufklärung hätte er nicht so gehandelt, wie es tatsächlich geschehen ist. Die Folgen des durch das Verhalten des Ersatzpflichtigen hervorgerufenen Handelns des Geschädigten sollen beseitigt werden. Die Schadensersatzpflicht dient somit dem Interesse des Geschädigten an der Nichtvornahme seiner Handlungen, also an etwas Negativem.

Die Pflicht zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 280 BGB muß sonach im Falle der Verletzung von Verhandlungspflichten im Gegensatz zum Falle der Verletzung von Vertragspflichten zum Ersatz des negativen und nicht des positiven Interesses führen. Schadensersatz bedeutet bei Verletzung von Verhandlungshauptpflichten also nur Ersatz des Vertrauensschadens.

b) Um Ersatz des Vertrauensschadens handelt es sich nicht nur im Falle der positiven Forderungsverletzung und des Verzuges mit nachfolgender Unmöglichkeit, sondern auch dann, wenn sich die Pflichtverletzung als reiner Verzug darstellt. § 286 BGB ordnet an:

„Der Schuldner hat dem Gläubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen."

Das bedeutet im Rahmen des § 249 BGB für die Fälle der culpa in contrahendo, wie die Anwendung der vorstehenden Ausführungen ergibt, ebenfalls nichts anderes als den Ersatz des negativen Interesses.

§ 286 Abs. 2 BGB, der die Schadensersatzpflicht für den Fall regelt, daß die Leistung infolge des Verzuges für den Gläubiger kein Interesse mehr hat, besitzt in diesem Zusammenhang keine Bedeutung. Er gilt nur im Vertragsrecht in Fällen, in denen eine Pflicht zur Abnahme der Leistung begründet ist. Dort soll der Gegner, wenn er infolge des Verzuges an der Leistung kein Interesse mehr hat, die Leistung ablehnen und Schadensersatz verlangen können. Im Verhandlungsstadium kann der Verhandlungsgegner, solange er von der Pflichtverletzung, dem Verzug, nichts weiß, den Empfang der Leistung, die auf Aufklärung geht, nicht ablehnen, also Rechte aus § 286 Abs. 2 BGB überhaupt nicht geltend machen. Sobald er aber Kenntnis von der Pflichtverletzung erlangt, kann er die Weiterverhandlung, zu der er rechtlich niemals verpflichtet ist, abbrechen und dadurch den Eintritt eines neuen Schadens verhindern. Den auf Grund zuvor getroffener Dispositionen entstandenen Schaden kann er aus § 286 Abs. 1 BGB ersetzt verlangen. Eine auch nur analoge Anwendung des § 286 Abs. 2 BGB scheidet aus, weil im Verhandlungsstadium keine Pflicht zum Abschluß und daher auch keine Pflicht zur Entgegennahme von Aufklärungserklärungen besteht.

Ob der Schadensersatz im Falle des § 286 Abs. 2 BGB stets auf das positive Interesse geht, kann daher dahingestellt bleiben; in jedem Falle der Verletzung von Verhandlungspflichten, handele es sich um positive Forderungsverletzung, um Verzug oder um Verzug mit nachfolgender Unmöglichkeit, hat der Gläubiger nur einen Anspruch auf Ersatz des negativen, nicht aber des positiven Interesses.

Die Berechnung dieses negativen Interesses, des Vertrauensschadens, begegnet in der Praxis Schwierigkeiten. Hier muß zunächst festgestellt werden, daß die allgemein übliche Definition des Vertrauensschadens ungenau ist. Zumeist wird unter Vertrauensschaden in Anlehnung an den Wortlaut der im Gesetz speziell geregelten Fälle der §§ 307, 309, 122 BGB der Schaden verstanden, den jemand deshalb erlitten hat, weil er auf die Gültigkeit eines Vertrages vertraut hat. Die §§ 307, 309 BGB behandeln jedoch nur den Fall, daß auf Grund der Verletzung von Verhandlungspflichten äußerlich ein, wenn auch unwirksamer Vertrag zustandegekommen ist. Ein Schaden kann, wie oben ausgeführt, aber auch ohne einen, selbst einen nur äußerlichen Vertragsschluß entstehen. Deshalb ist es zu eng, den Vertrauensschaden stets als durch das Vertrauen auf den Vertrag entstanden anzusehen. Tatsächlich beruht der Schaden, selbst dann, wenn es wirklich zum Vertragsschluß kommt, nicht auf dem Vertrauen des Geschädigten in die Gültigkeit des Vertrages, sondern auf dem Verhalten des Gegners. Wie ebenfalls bereits erörtert, hat die Partei den Schaden, den sie allein durch die Ungültigkeit des Vertrages oder besser durch ihr Vertrauen auf seine Gültigkeit erleidet, gundsätzlich selbst zu tragen. Auf den Gegner kann sie ihre Verluste nur dann abwälzen, wenn sie sie durch sein Verhalten erlitten hat. Schließt ein

Teil einen Vertrag ab, dessen Nichtigkeit der andere Teil kennt, aber schuldhaft verschweigt, so erleidet der Getäuschte den Schaden nicht durch sein Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages, sondern durch das Verhalten des Täuschenden. Wäre der Geschädigte nämlich von dem Gegner, der zur Aufklärung verpflichtet war, aufgeklärt worden, so hätte er den Vertrag und die damit verbundenen, ihn schädigenden Dispositionen nicht getätigt. Nicht die Ungültigkeit des Vertrages, sondern das Verhalten des anderen Teils ist kausal für die Entstehung des Schadens. Die gebräuchliche, im § 307 BGB gegebene Definition des Vertrauensschadens ist also nicht richtig. Vertrauensschaden ist vielmehr der Schaden, den jemand dadurch erleidet, daß er bewußt oder unbewußt auf wahrheitsgemäßes Verhalten des Gegners während der Verhandlungen vertraut hat.

### 2. Spezielle Regelung.

Nachdem als grundsätzliche Folge der Verletzung von Verhandlungspflichten die Pflicht zum Ersatz des negativen Interesses erkannt ist, bedarf es noch der Betrachtung, ob in allen speziellen Fällen des ersten und zweiten Buches des Bürgerlichen Gesetzbuches, aus denen wir den Schadensersatzanspruch bei Verletzung von Verhandlungspflichten hergeleitet haben, stets nur Ersatz des negativen Interesses verlangt werden kann.

a) Zunächst soll die Haftung für culpa in contrahendo bei gültigen, sodann bei nichtigen und anfechtbaren Verträgen erörtert werden. Bei gültigen Verträgen sind drei Fälle, in denen der Verschuldensgrad verschieden ist, zu unterscheiden, einmal die Verwahrung (Normalfall einer culpa in contrahendo), zum anderen Schenkung und Leihe (Fall der Arglist bei einseitig verpflichtenden Verträgen) und drittens Kauf und Miete (Fall der Arglist und der Zusicherung bei gegenseitigen Verträgen).

*α*) Bei der Verwahrung (§ 694 BGB) muß der Hinterleger Schadensersatz leisten bei vorsätzlichem oder fahrlässigem Verschweigen einer gefahrdrohenden Beschaffenheit der hinterlegten Sache. § 694 BGB ist nicht nur ein Normalfall bezüglich des Verschuldensgrades, sondern auch bezüglich des Schadensumfanges; wenn auch von Ersatz des „durch die Beschaffenheit der hinterlegten Sache entstehenden Schadens" die Rede ist, so bedeutet das nur eine unkorrekte Ausdrucksweise, wie im § 307 BGB. Wie dort für den Schaden in Wahrheit nicht das Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages, sondern das Vertrauen auf das Verhalten des Gegners ursächlich ist, so ist auch hier nur das Verhalten des Hinterlegers, nämlich sein Verschweigen des Zustandes der Sache, nicht aber die Beschaffenheit der Sache selbst unmittelbar kausal für die Schadensentstehung. Hieraus folgt, daß das Interesse des Verwahrers auch nur auf Ersatz des negativen und nicht des positiven Interesses gehen kann.

*β*) Ebenso besteht bei den beiden einseitig verpflichtenden Verträgen (§§ 523 Abs. 1, 524 und 600 BGB) der Schadensersatz unzweifelhaft im Ersatz des negativen Interesses. Es heißt im Gesetz:

> „So ist er (der Schenker oder der Verleiher) verpflichtet, dem Beschenkten (dem Entleiher) den daraus (nämlich aus dem arglistigen Verschweigen) entstehenden Schaden zu ersetzen."

Der Gläubiger ist also so zu stellen, wie wenn ihn der Schuldner aufgeklärt hätte. Hätte dieser ihn aber aufgeklärt, so wäre der Vertrag nicht oder doch anders zustandegekommen. Der Gläubiger hat also ein Interesse an

der Nichtexistenz des Vertrages oder wenigstens an der Existenz des Vertrages nicht mit diesem Inhalt, also ein negatives Interesse, d. h. es ist der Vertrauensschaden zu ersetzen.

γ) Anders liegt die Sache bei den gegenseitigen Verträgen, also bei Kauf und Miete. Nach § 463 S. 1 und 2 BGB hat der Verkäufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Zusicherung und arglistigem Verschweigen zu leisten. Die gleiche Anordnung ist im § 538 in Verbindung mit § 537 Abs. 2 S. 1 BGB für Zusicherungen des Vermieters getroffen.

Der Ausdruck „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" bedeutet, wie gesagt, normalerweise Ersatz des positiven Interesses. Diese normale Bedeutung hier ohne weiteres als gewollt anzunehmen, ist nicht angängig, weil dieselbe Bezeichnung in den §§ 280 f. BGB für die Verhandlungssphäre nur als Vertrauensschaden aufgefaßt werden kann. § 249 BGB verlangt, daß der Zustand wieder hergestellt wird, der bestanden hätte, wenn der Fehler der Sache nicht arglistig verschwiegen oder eine bestimmte Eigenschaft der Sache nicht zugesichert worden wäre. Alsdann wäre der Vertrag nicht oder nicht mit seinem jetzigen Inhalt zustande gekommen. Daraus ergibt sich, daß auch hier ein negatives Interesse geschützt werden soll.

Trotzdem befriedigt die Lösung, daß auch bei Kauf und Miete nur der Vertrauensschaden zu ersetzen ist, nicht. Sie ist auch abzulehnen.

In den bereits erwähnten Fällen der §§ 523 Abs. 1, 524 Abs. 1 und 600 BGB ist bei arglistigem Verschweigen eines Fehlers der Sache oder eines Mangels im Rechte der Vertrauensschaden zu ersetzen. Dies ist bei den beiden einseitig verpflichtenden Verträgen besonders betont, obwohl dieser Schadensumfang nach allen vorhergehenden Ausführungen selbstverständlich ist. Die Erklärung dafür, daß in diesen Fällen eine ausdrückliche Bestimmung des Haftungsumfanges gegeben wurde, kann nur darin liegen, daß eine Haftung nicht für Vorsatz oder Fahrlässigkeit, sondern für ein besonders schwerwiegendes Verhalten, für Arglist, in Rede stand, bei dem in anderen Fällen die weitergehende Haftung für das positive Interesse wünschenswert erschien. An sich hat die Schwere der Rechtsverletzung nichts mit dem Schadensumfang zu tun. Auch bei arglistigem Verschweigen kann der Gläubiger grundsätzlich nur ein negatives Interesse und damit Anspruch auf Ersatz allein des Vertrauensschadens haben. Daß trotzdem diese Selbstverständlichkeit für Arglist bei Schenkung und Leihe im Gesetz betont wurde, läßt sich nur im Zusammenhang mit anderen Vorschriften, nämlich den §§ 463 und 538 in Verbindung mit § 537 Abs. 2 S. 1 BGB erklären. Auch hier handelt es sich — jedenfalls im § 463 S. 1 — um arglistiges Zuwiderhandeln, dem wie stets das Zusichern einer nichtvorhandenen Eigenschaft gleichgestellt wird. Während in den Fällen der Schenkung und Leihe nach dem Gesetz der „daraus (aus dem arglistigen Verschweigen) entstandene Schaden" zu ersetzen ist, ist bei Kauf und Miete „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" zu leisten. Diese Verschiedenheit der Bezeichnung zeigt schon, daß die Bestimmungen nicht dasselbe meinen, daß bei Kauf und Miete nicht ebenso wie bei Schenkung und Leihe nur das negative Interesse ersetzt werden soll; wäre dies gewollt, so wäre in den beiden gleichgelagerten Fällen derselbe Ausdruck gebraucht worden. § 463 BGB will m. E., wie die Verschiedenheit der gewählten Ausdrücke zeigt, offenbar die Folgen der Arglist beim Kauf anders als bei der Schenkung und Leihe regeln. Bei arglistigem Verschweigen soll in diesem einen Falle nicht

nur, wie bei Vorsatz und Fahrlässigkeit, das negative, sondern das positive Interesse ersetzt werden. Um dieser Ausnahme willen mußten die Regelungen der §§ 523 Abs. 1, 524 Abs. 1 und 600 BGB getroffen werden, die es für andere Fälle der Arglist bei dem Ersatz des Vertrauensschadens bewenden lassen. Beständen diese Vorschriften nicht, so könnte man einmal ohne die Gegenüberstellung der verschiedenen Ausdrucksweisen nicht mit Bestimmtheit sagen, daß § 463 BGB tatsächlich Ersatz des positiven Interesses meint; würde man dies aber doch annehmen, so müßte man umgekehrt auf den Gedanken kommen, daß allgemein bei Arglist das positive Interesse ersetzt werden soll. Das aber würde bei unentgeltlichen einseitig verpflichtenden Verträgen eine grobe, vom Gesetz nicht gewollte Unbilligkeit für den allein Verpflichteten bedeuten. Den Schenker oder den Verleiher, die kein Entgelt für ihre Leistungen bekommen, über das normale Maß hinaus haften zu lassen, besteht kein innerer Grund und entspricht auch nicht ihrer sonstigen bevorzugten Stellung der Haftung nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (§§ 521, 599 BGB). Um dieser Gründe willen bedurfte es der gesetzlichen Regelung, die klar sagt: wenn auch für den Verkäufer und den Vermieter (allgemein: jeden entgeltlich Verpflichteten) bei arglistigem Verhalten eine Erhöhung des Ersatzumfanges eintreten soll, so bleibt es doch für den Schenker und Verleiher (allgemein jeden unentgeltlich Verpflichteten) bei dem normalen Umfang der Ersatzpflicht.

Hiermit ist die Frage beantwortet, welchem Zweck die §§ 523 Abs. 1, 524 Abs. 1 und 600 BGB ihr Dasein verdanken und ob die §§ 463 und 538 in Verbindung mit § 537 Abs. 2 S. 1 BGB unter „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" Ersatz des positiven oder des negativen Interesses verstehen.

Festzustellen bleibt noch, mit welcher Berechtigung § 463 BGB Ersatz des positiven Interesses gewährt. Logisch erscheint diese Schadensersatzfolge unmöglich, da die Verletzung einer Verhandlungspflicht stets nur Ersatz des Vertrauensschadens nach sich ziehen kann. Es liegt hier — darüber muß man sich klar sein — eine gesetzgeberische Inkonsequenz vor. Diese wird von mancher Seite mit dem Gedanken der Privatstrafe erklärt, d. h. in den Fällen des besonders schwerwiegenden Zuwiderhandelns, nämlich des arglistigen Verschweigens und der diesem entsprechenden Zusicherung, soll als Strafe eine Erhöhung des Ersatzmaßes von dem üblichen negativen auf das positive Interesse stattfinden. Diese Auffassung ist als Versuch einer Lösung begrüßenswert, m. E. aber gekünstelt. Die erhöhte Haftung in den §§ 463 und 538 in Verbindung mit § 537 Abs. 2 Satz 1 BGB folgt richtig wohl aus den Grundsätzen der Garantiehaftung.

M. E. hat die Schadensersatzpflicht in den §§ 463 etc. eine doppelte Bedeutung. Einmal handelt es sich, wie bisher allein erörtert worden ist, um die Frage der Verletzung einer Verhandlungspflicht; zum andern aber, und das wird gerade für die Frage des Haftungsumfanges wesentlich, um eine Art der Gewährleistungspflicht, die das Gesetz sowohl dem Verkäufer wie auch dem Vermieter auferlegt. Besonders klar sagt § 463: „Statt der Wandelung oder der Minderung" kann der Käufer von dem Verkäufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Die Schadensersatzleistung wird hierdurch der Wandelung und Minderung gleichgestellt, also gleichfalls als eine Gewährleistungspflicht angesehen.

Die zweifache Bedeutung der Schadensersatzpflicht fußt auf der Doppelnatur der Ausdrücke „Zusicherung einer nicht vorhandenen Eigenschaft"

und „arglistiges Verschweigen“ eines Fehlers. Bisher erschienen diese beiden Begriffe lediglich als Verletzung der Verhandlungspflicht bedeutsam, die unabhängig davon, ob es zum Vertragsschluß kam, sowohl im Laufe der Verhandlung, als auch — und nur das interessiert hier — im letzten Augenblick vor Verhandlungsende eintreten konnte. Kam es zum Vertragsschluß, so erfolgte in diesem Falle die Pflichtverletzung im letzten Augenblick vor dem Zustandekommen des Vertrages. Im § 463 BGB ist aber nicht nur dieser letzte Augenblick erheblich, sondern auch noch die Aufrechterhaltung der Zusicherung und das arglistige Schweigen im Augenblick des Vertragsschlusses selbst. Dasselbe Tun und Unterlassen gehört also zwei völlig von einander zu trennenden Sphären an, zunächst der Verhandlungssphäre, dann aber auch dem Vertrage. In der Verhandlungssphäre handelt es sich um eine Verletzung bestehender gesetzlicher, nach Vertragsschluß aber um Verletzung neu begründeter vertraglicher Pflichten. Am klarsten erkennbar ist die Doppelnatur dieser Pflichtverletzungen bei der Zusicherung einer Eigenschaft. Die Versicherung, daß eine Eigenschaft vorhanden ist, ist zunächst einmal eine Wissenserklärung, auf die sich dann der Vertrag aufbaut. Im nächsten Augenblick, wenn sie in den Vertrag aufgenommen ist, bedeutet sie eine Willenserklärung, die sich auf die Erfüllung des Vertrages bezieht, nämlich die Uebernahme der Garantie, daß die Sache mit der zugesicherten Eigenschaft geliefert werden kann. Bei arglistigem Verschweigen eines Fehlers gilt dasselbe. Es ist dort nur ins Negative verkehrt. Das Verschweigen v o r Vertragsschluß gibt dem Vertrage die Grundlage, das Verschweigen i m Vertrage enthält stillschweigend die Uebernahme der Garantie, daß der Sache zur Zeit des Gefahrüberganges kein Fehler anhaftet. Die Besonderheit der Zusicherung einer Eigenschaft und des Verschweigens eines Mangels im § 463 BGB liegt im folgenden: § 459 BGB gewährt dem Käufer das Recht der Wandelung oder der Minderung, wenn eine vom Verkäufer zugesicherte Eigenschaft bei Gefahrübergang nicht vorhanden ist. Im Gegensatz und als Ergänzung hierzu ordnet § 463 BGB an, daß der Käufer statt Wandelung oder Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung vom Verkäufer verlangen kann, wenn die zugesicherte Eigenschaft nicht nur erst zur Zeit des Gefahrüberganges, sondern auch bereits im Augenblick des Vertragsschlusses fehlt oder in diesem Zeitpunkt ein Fehler vorhanden ist und arglistig verschwiegen wird. Nach § 463 BGB wird also als erschwerend gegenüber den §§ 459, 462 BGB angesehen einmal ein objektives Moment, nämlich das Vorhandensein der Mängel bereits bei Abschluß des Kaufvertrages, zum anderen aber ein subjektives Moment, die direkte oder im Falle des arglistigen Schweigens die indirekte Garantieübernahme des Verkäufers trotz Kenntnis der Mängel. Der Verkäufer übernimmt eine Garantie, der er, wie er wohl weiß, mit allergrößter Wahrscheinlichkeit nicht wird gerecht werden können. Das Gesetz billigt hier dem Käufer, der ein Interesse an der mangelfreien Erfüllung des Vertrages hat, für den Fall, daß der Mangel zur Zeit des Gefahrüberganges noch vorhanden ist, einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu — und zwar nicht eigentlich wegen N i c h t - Erfüllung des Vertrages, sondern wegen seiner n i c h t g u t e n (also schlechten) Erfüllung. Ein Schadensersatz aber, der dem Interesse des Käufers an dem Sein eines Zustandes, hier der Mängelfreiheit, dient, kann nur auf Ersatz des positiven Interesses gehen. Auch dieser Gesichtspunkt beweist somit, daß der Schadensersatz des § 463 BGB nicht das negative, sondern das positive Interesse umfaßt.

Da die Zusicherung einer nicht vorhandenen Eigenschaft und das Verschweigen eines Fehlers während der Verhandlungen und auch noch während des Vertragsschlusses sowohl eine Verletzung der Verhandlungspflichten (für die Zeit bis unmittelbar vor Vertragsschluß), als auch eine Verletzung des Vertrages (vom Augenblick seines Abschlusses an) enthält, müssen für beide Pflichtverletzungen die aus ihnen entspringenden Rechtsfolgen eintreten. Die Verletzung der Verhandlungspflichten löst eine Pflicht zum Ersatz des negativen Interesses aus, die Verletzung der vertraglichen Garantieübernahme begründet die Pflicht zum Ersatz des positiven Interesses. Beide Rechtsfolgen bestehen nebeneinander[15]). Trotzdem statuiert der § 463 BGB nur die Pflicht zum Ersatz des positiven Interesses. Dies beeinträchtigt die von uns gewonnenen Erkenntnisse nicht; denn die Nichterwähnung des negativen Interesses im § 463 BGB beruht nur darauf, daß der Ersatz des positiven Interesses den des negativen stets in sich schließt. Das negative Interesse findet, wie die Verallgemeinerung des im § 122 BGB ausgesprochenen Gedankens ergibt, durch das positive Interesse immer seine Grenze.

Einer Erörterung bedarf in diesem Zusammenhange noch die Frage nach dem Schadensumfang bei nicht arglistigem, sondern nur vorsätzlichem oder fahrlässigem Verschweigen. Bei der Beantwortung muß (hier zum ersten Mal) zwischen Kauf und Miete unterschieden werden.

Beim Kauf haben wir festgestellt, daß die Zusicherung einer Eigenschaft beim Kaufabschluß eine vertragliche Garantieübernahme ist und daß das arglistige Verschweigen eines Fehlers der Zusicherung gleichsteht. Vorsätzliches und fahrlässiges Verschweigen würde der direkten Garantieübernahme, wie sie in der Zusicherung liegt, auch nicht indirekt entsprechen. Vorsatz und Fahrlässigkeit beim Verheimlichen eines Fehlers enthalten lediglich eine Verletzung der Verhandlungspflichten, sie schaffen aber nicht eine (auch nicht eine indirekte) vertragliche Garantie. Die Doppelnatur und mit ihr die Verpflichtung zum Ersatz des positiven Interesses findet sich lediglich bei arglistigem Verschweigen; deshalb bewendet es beim Vorliegen von bloßem Vorsatz oder von Fahrlässigkeit bei dem Ersatz des negativen Interesses, der für Verletzung von Verhandlungspflichten vorgesehenen Schadensersatzart.

Bei der Miete ist im Gegensatz zum Kauf im Gesetz nur die Rede von der Zusicherung einer Eigenschaft; hierfür gilt alles über die Doppelnatur dieser Erscheinung Gesagte. Das arglistige Verschweigen wird hier überhaupt nicht hervorgehoben, da dem Vermieter stets schon für das bloße Vorhandensein eines Fehlers im Augenblick des Vertragsschlusses eine gesetzliche Gewährleistungspflicht obliegt, die stets zum Ersatz des positiven

---

[15]) Es kann sogar sein, daß durch die Zusicherung einer bei Vertragsschluß nicht vorhandenen Eigenschaft oder durch das arglistige Verschweigen eines Fehlers insgesamt drei Schadensersatzansprüche entstehen; wird zum Beispiel ein mottenzerfressener Frack verkauft und verdirbt er andere in demselben Schrank hängende Kleidungsstücke des Käufers, so bestehen folgende Ansprüche nebeneinander:

1. der Anspruch wegen culpa in contrahendo auf das negative Interesse,
2. der Gewährleistungsanspruch auf das positive Interesse,
3. der Anspruch wegen positiver Vertragsverletzung auf Ersatz des weitergehenden Schadens.

Interesses verpflichtet, gleichgültig, ob es sich nebenbei um eine arglistige, vorsätzliche, fahrlässige oder überhaupt keine Verletzung der während der Verhandlung bestehenden Aufklärungspflicht handelt. Deshalb bedurfte es hier auch nicht einer dem § 463 BGB entsprechenden Regelung für arglistiges Verschweigen. Ansprüche, die man hier aber nicht auf die Fehlerhaftigkeit, sondern auf die Arglist stützen wollte, würden durch entsprechende Anwendung des im § 463 BGB zum Ausdruck gebrachten Rechtsgedankens wegen der völligen Gleichheit der Sachlage insoweit auf das positive Interesse gehen.

Die Doppelnatur der Haftung im § 463 BGB führt nochmals zu der Frage, welchem Zweck die Vorschriften der §§ 523 Abs. 1, 524 Abs. 1 und 600 BGB dienen. Gegenüber stehen sich Schenkung und Kauf einerseits, Leihe und Miete andererseits. In den beiden ersten Fällen handelt es sich um eine vertragliche Verpflichtung zur Eigentumsübertragung, in den beiden letzteren zur Gebrauchsüberlassung. Jedes Mal stehen sich ein unentgeltlicher und ein entgeltlicher Vertrag gegenüber mit demselben Leistungsinhalt für den zur Sachleistung Verpflichteten, nur daß er einmal (so bei Kauf und Miete) ein Entgelt für seine Leistung bekommt, im anderen Falle (so bei Schenkung und Leihe) dagegen nicht. Dem entspricht, daß das Gesetz dem Verpflichteten bei entgeltlicher Leistung eine Gewährleistungspflicht auferlegt, bei unentgeltlicher Leistung jedoch nicht. Dieser Gewährleistungspflicht bei Entgeltlichkeit verdanken die §§ 524 Abs. 1 und 600 BGB (für die in den §§ 523 Abs. 1 und 600 BGB erwähnten Rechtsmängel kann dies allerdings nur entsprechend gelten) ihr Dasein. Sie sollen, wie wir aus § 463 BGB abgeleitet haben, bestätigen, daß das dort und im § 538 BGB geschützte positive Interesse keine Ausnahme gegenüber dem normalen Schadensumfang bei Verletzung von Verhandlungspflichten bedeutet, sondern lediglich ein Ausfluß der Gewährleistungspflicht ist. Aus der Vorschrift des § 523 Abs. 1 BGB geht hervor, daß die Verletzung der Verhandlungspflicht auch im § 463 BGB nur einen Ersatzanspruch auf das negative Interesse begründet, da § 523 bis auf die Entgeltlichkeit den gleichen Fall wie § 463 regelt, die Verletzung einer Verhandlungspflicht bei der Uebernahme einer vertraglichen Pflicht zur Sachübereignung (dasselbe gilt bei der Uebernahme der Pflicht zur Gebrauchsüberlassung für Leihe in Gegenüberstellung zur Miete). Der Schutz des positiven Interesses im § 463 BGB muß demnach einen anderen Ursprung haben; er beruht auf der dem Kaufrecht eigenen, aber der Schenkung fehlenden Entgeltlichkeit oder, konkreter ausgedrückt, auf der aus dieser Entgeltlichkeit folgenden Gewährleistungspflicht, die im § 463 BGB speziell auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geht. Die §§ 523, 524 BGB mußten daher den Umfang der Schadensersatzpflicht bei arglistigem Verschweigen von Mängeln bei Schenkungen ausdrücklich und besonders regeln, weil § 463 für Arglist die Doppelnatur der Verletzung von Verhandlungspflichten einerseits und der Erzeugung einer vertraglichen Gewährleistungspflicht andererseits aufweist und dies ohne die besonderen nur die Verhandlungsverletzung betreffenden Schenkungsvorschriften nicht klar zu erkennen war. Dasselbe gilt für das auf dem Wege über § 463 Satz 2 BGB in Verbindung mit Satz 1 dem arglistigen Verschweigen in § 600 BGB gleichzustellende Zusichern einer nicht vorhandenen Eigenschaft in § 538 in Verbindung mit § 537 Abs. 2 Satz 1. Diesen Unterschied zu zeigen und die verschiedenen Folgen der

Verletzung von Verhandlungspflichten und der Verletzung von Garantiepflichten klarzustellen, ist die Aufgabe der Bestimmungen bei Schenkung und Leihe.

b) Hinsichtlich des Schadensumfanges in den Fällen des nur äußerlichen, nicht aber rechtswirksamen Vertrages sind nur wenige Worte zu sagen. Hier erhellt aus den §§ 122 (dieser auf den Vertrag angewandt), 307, 309 BGB ohne weiteres, daß an dem normalen Fall, der Pflicht zum Ersatz des negativen Interesses, festgehalten wird.

B. Nur der Vollständigkeit wegen soll der Haftungsumfang bei Verletzung der Verhandlungsnebenpflichten, der keine Besonderheiten aufweist, erwähnt werden. Die Frage, ob für positives oder negatives Interesse gehaftet wird, kann hier nicht gestellt werden, da diese Begriffe nur als Vertragsinteressen vom Standpunkt des der Verhandlungssphäre folgenden Zustandes, sei er negativer, sei er positiver Art, Bedeutung besitzen, und somit für die Verhandlungsnebenpflichten, die lediglich in der Verhandlungssphäre, wurzeln und grenzen, wesensfremde Ausdrücke mit wesensfremdem Sinn sind. Hier genügt lediglich die Feststellung, daß sich der Schadensumfang nach den §§ 280 ff., 249 BGB bestimmt.

---

# Lebenslauf.

Am 18. März 1903 bin ich als Tochter des damaligen Hofbesitzers Karl Kruse, Insel Fehmarn, geboren. Von Ostern 1909 bis Ostern 1918 besuchte ich das staatliche Lyzeum der Ernestinenschule zu Lübeck, sodann bis zu meiner Reifeprüfung Ostern 1922 das Johanneum zu Lübeck, ein Reformrealgymnasium. Ostern 1924 begann ich mit dem juristischen Studium. Ich besuchte die Universitäten Hamburg (2 Semester), Freiburg (1 Semester), München (1 Semester) und Marburg (3 Semester). Im November 1927 bestand ich meine erste juristische Prüfung vor der Prüfungskommission des Oberlandesgerichts in Kassel.